



**Aline Muriene Eloy Schüür**

**DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL NAS TEORIAS  
POSITIVISTAS E PÓS-POSITIVISTAS**

**Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Filosóficas)**

Trabalho realizado sob orientação da  
Professora Doutora Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho

**Julho de 2013**

## **AGRADECIMENTOS**

**Agradeço, primeiramente, a Deus, pelas oportunidades recebidas em minha vida, pela minha família, pelos conhecimentos adquiridos, pelas amizades conquistadas e tudo mais que me foi ofertado.**

**Agradeço aos meus amados pais (Cláudio e Solange), sempre presentes e incentivadores nesta como em todas as minhas demais conquistas.**

**Agradeço aos colegas do curso, que foram companheiros, estimuladores e um porto seguro nos momentos de aflição em especial as amigas Sabrina e Marícia que me apoiaram dioturnamente nesta empreitada intelectual.**

**Agradeço especialmente minha orientadora, a Professora Doutora Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho, que através de sua paciência e conselhos, me fez ir além e alcançar vãos ainda maiores na vida acadêmica.**

**Por tudo sou extremamente grata.**

## RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo discutir como se dá a relação do Direito e da Moral nas teorias Positivistas e Pós-positivistas do direito. Importante examinar este problema, não somente por sua relevância teórica, compreender a ontologia jurídica, mas também porque há consequências práticas que não podem ser ignoradas. Em ordem a atingir o propósito desta pesquisa, explica-se o jusnaturalismo como prolegômeno histórico à tese da separação entre direito e moral. Analisa-se o positivismo jurídico, principalmente por meio das perspectivas de Kelsen e Hart, e explicita-se uma discordância interna, já que há positivistas inclusivos e positivistas exclusivos. Ainda que a doutrina positivista tenha atingido com Hart em seu Pós Scriptum um refinamento e desenvolvimento capazes de conciliar Direito e Moral em uma relação contingencial, como faz o chamado positivismo incorporacionista, esta parece ter sido superada ante a realidade dos ordenamentos constitucionais contemporâneos, que, em tempos de pós-positivismo, não apenas demonstram as relações necessárias travadas entre o Direito e a Moral como também se mostram mais capazes do que a leitura positivista do direito, para apresentar possibilidades de solução mais satisfatória aos problemas gerados pela realidade complexa e muitas vezes paradoxal, com que se deparam hoje as estruturas sociais. Oferece-se uma compreensão do pós-positivismo, onde há conexão conceitual entre direito e moral, especialmente sob a visão de Dworkin, fazendo com que a tese positivista da separação e neutralidade se encontre vencida e descobre-se que esta compreensão possibilita uma melhor explicação tanto para a teoria do direito como para a prática jurídica.

**Palavras-chave:** Direito; Moral; Positivismo; Pós-Positivismo.

## **ABSTRACT**

This research aims to discuss how the relationship of Law and Moral theories positivists and post-positivists law. Important to examine this issue, not only for its theoretical relevance, understand the legal ontology, but also because there are practical consequences that can not be ignored. In order to achieve the purpose of this research is explained jusnaturalism as historical prolegomenon to the thesis of the separation between law and morality. Analyzes the legal positivism, mainly through the perspectives of Kelsen and Hart, and explains it a domestic disagreement, as there positivists inclusive and exclusive positivists. Although the positivist doctrine has reached with Hart in his Post Scriptum a refinement and development capable of reconciling law and morals in a contingent relationship, as does the so-called incorporacionist positivism, this seems to have been surpassed before the reality of contemporary constitutions, which, in times of post-positivism, not only demonstrate the necessary relations waged between law and morals, but also are more capable than the positivist reading of the right to present possibilities of more satisfactory solution to the problems generated by the complex reality and often paradoxical , facing today's social structures. It offers an understanding of post-positivism, which no conceptual connection between law and morality, especially under Dworkin's view, causing the positivist thesis of separation and neutrality lies defeated and it is discovered that this understanding provides a better explanation both for the theory of law as to legal practice.

**Key-words:** Law, Morality, Positivism, Post-Positivism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>I A DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL.....</b>	<b>9</b>
1. Breves Dados Históricos .....	10
2. A Teoria do Mínimo Ético .....	12
3. Do Cumprimento das Regras Sociais .....	13
4. Direito e Coação .....	14
5. Direito e Heteronomia.....	15
<b>II PROLEGÔMENOS HISTÓRICOS À TESE DA SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL - O JUSNATURALISMO COMO ANTECESSOR AO POSITIVISMO JURÍDICO .....</b>	<b>17</b>
1. Jusunaturalismo Clássico .....	20
2. Jusunaturalismo Medieval.....	22
3. Jusunaturalismo Moderno ou Racional .....	25
3.1 Escola Clássica do Direito Natural .....	29
3.2 Idealismo Alemão de Kant .....	34
4. Jusunaturalismo Contemporâneo .....	37
<b>III O JUSPOSITIVISMO E A TESE DA SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL</b>	<b>39</b>
1. As Relações entre Direito e Moral no Pensamento de Kant e Kelsen .....	51
2. As Relações entre Direito e Moral no Pensamento de Hart .....	59
3. As Doutrinas do Positivismo Jurídico Exclusivo e do Positivismo Jurídico Inclusivo .....	67
3.1 Positivismo Jurídico Exclusivo.....	68
3.2 Positivismo Jurídico Inclusivo.....	71
3.3 Positivismo Ético .....	75

<b>IV AS TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS E A CONEXÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL.....</b>	<b>79</b>
<b>1. A Vinculação Necessária entre Direito e Moral no Pensamento de Dworkin .....</b>	<b>82</b>
<b>2. Avaliação Crítica das Perspectivas Positivistas e Pós-Positivistas.....</b>	<b>84</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>89</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>92</b>

## INTRODUÇÃO

A relação dialética entre Direito e Moral é uma problemática recorrente na filosofia do direito. Definir qual é o tipo de relação existente entre eles é questão relevante da teoria e da filosofia do direito, tema persistente, polêmico, aberto e que nos leva a analisar as teorias do direito natural, teorias positivistas e teorias pós-positivistas.

A relação existente entre a Moral e o Direito admite duas grandes tendências, a tese da vinculação entre o direito e a moral e a tese da separação. Estes dois caminhos, que num primeiro momento parecem completamente antagônicos, admitem tantas nuances que muitas vezes chegam a obscurecer a diferença entre ambos. Apesar da dificuldade aparente, é necessário conhecer os principais argumentos destas duas grandes posições, vinculação e separação entre Direito e Moral, para que se possa tomar partido do argumento que melhor esgrime o debate e explica o Direito, que melhor compreende e se adéqua a realidade contemporânea.

Classicamente, dividem-se as teorias do direito em jusnaturalistas e juspositivistas. Todavia, a contraposição dessas teorias tem cedido espaço a novas formulações, cenário no qual se incluem as teorias pós-positivistas.

Por essa razão, a seguir, no primeiro capítulo será analisada a distinção entre o Direito e a Moral, como essa relação se deu ao longo da história e os pontos de referência essenciais nessa diferenciação.

Em seguida, no segundo capítulo, será analisada a relação entre direito e moral sob o prisma do jusnaturalismo, visto que este se caracteriza como um prolegômeno histórico à tese da separação entre direito e moral.

Adiante, no terceiro capítulo, considerar-se-ão as propostas do positivismo jurídico, a partir de dois grandes autores, Hans Kelsen e Herbert Hart, bem como suas variações, quais sejam, o positivismo jurídico exclusivo e o positivismo jurídico inclusivo e o positivismo ético. O positivismo exclusivo, cujo principal protagonista é Joseph Raz, argumentará pela tese de que não há qualquer relação entre o direito e a moral. Por outro lado, o positivismo

inclusivo, desenvolvido a partir do denominado *Post Scriptum* de Hart, alegará que o direito pode, mas não necessariamente deve, ter conteúdo moral. O positivismo ético, ao contrário, defenderá a ideia da necessidade de estruturação do direito vinculado à noção de ética e moral.

Finalmente, verificar-se-á que a concepção deste direito neutro e formal, estabelecida pelo positivismo não se encontrou apta a dar respostas adequadas à miríade de infinitas e complexas questões da realidade contemporânea e que a consequência é o surgimento de teorias pós-positivistas que reconhecem uma conexão entre direito e moral. Esta compreensão do afastamento da perspectiva positivista será analisada especialmente pela visão de Dworkin, que substancializa o direito e o reaproxima das fronteiras da moral. Ainda, no último capítulo, verifica-se uma avaliação crítica das teorias apresentadas e constata-se a importância dos elementos morais para a construção das normas jurídicas.

Concluída a pesquisa, ao final, apresentam-se conclusões, que sintetizam os resultados alcançados nesta pesquisa firmando-se posição por aquela teoria do direito que permita a melhor compreensão da relação entre direito e moral.



## I A DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

A diferença entre o Direito e a Moral, é um dos problemas mais difíceis e mais belos da Filosofia Jurídica. Direito e Moral podem ser facilmente associados se pensarmos o direito como sendo o conjunto de normas que tenta regular e organizar a vida em sociedade, solucionando os conflitos entre os indivíduos, visto que a moral é um ramo das ciências sociais que também se preocupa com o estudo de normas reguladoras da vida social.

Nem sempre é fácil diferenciar as normas do direito das normas da moral, em face de semelhança entre elas em muitos aspectos. Aos olhos do leigo o Direito parecer ser um fenômeno obrigatoriamente relacionado à moral, que vem para proteger os desamparados e espargir justiça, bem, de fato esta é a sua principal função, garantir que a cada um seja dado o que lhe é de direito, na medida em que o merece, e assim, não raro confunde-se direito e moral, juridicidade e moralidade.

A distinção entre Direito e Moral é conhecida como o “cabo das Tormentas da Filosofia do Direito”, pois foi responsável pelo “naufrágio” de muitas teorias jurídicas. Todos os grandes filósofos do Direito, desde Kant, dedicaram parte de suas reflexões a essa questão, motivados por duas razões principais: a) Moral e Direito são os dois sistemas normativos mais importantes na regulação da vida social; b) a distinção, além de diferenciá-los, define suas essências (como são espécies do mesmo gênero – o das *ordens normativas de conduta* - o ato de distingui-los ressalta a diferença específica de cada um).

Parece claro que, não somente operar o Direito, mas qualquer outra atividade humana deve estar assentada na moral, no entanto, deve-se deixar claro, e esta é a função deste primeiro capítulo, que Direito e Moral ocorrem de forma distinta, porém não separada, podem vir a se tocar, mas não obrigatoriamente o devem.

Muitas são as teorias sobre as relações entre o Direito e a Moral, entretanto optamos por analisar historicamente a distinção entre estes institutos e destacar alguns pontos de referência essenciais expostos por Miguel Reale<sup>1</sup> em sua obra “Lições Preliminares de Direito”.

---

<sup>1</sup> Tendo como fundamento o capítulo quinto do livro de Reale em mãos, *Lições Preliminares de Direito* em sua vigésima sétima edição, tentaremos elucidar essa questão entre direito e moral, com base em seu capítulo V, DIREITO E MORAL.

## 1. Breves Dados Históricos

Nos primórdios da civilização humana, inexistia uma clara distinção entre os campos da conduta humana. Nas sociedades arcaicas, havia somente um *costume indistinto*<sup>2</sup>, um composto indiferenciado de normas com conteúdos ao mesmo tempo morais, jurídicos e religiosos.

Os romanos, embora tenham tido uma percepção da questão, não chegaram a teorizá-la adequadamente, o que só iria acontecer em tempos modernos, com Christian Thomasius, no começo do século XVIII que foi o primeiro jurista a enfrentar diretamente o problema, motivado por razões de ordem política.

Com o advento da Reforma Luterana ou Calvinista, travaram-se lutas violentíssimas na Europa e até mesmo na América, havia conflitos entre católicos e protestantes e entre os protestantes das diversas correntes existentes. Os chefes de Estado passaram a intervir na vida particular dos cidadãos a fim de indagar suas convicções religiosas. Houve, então a necessidade de uma delimitação clara da zona de interferência do poder público, o que só seria possível através de uma distinção entre o mundo jurídico e o mundo moral e religioso<sup>3</sup>.

Thomasius foi o primeiro estudioso a apresentar uma diferença prática entre o Direito e a Moral, de maneira a tutelar a liberdade de pensamento e de consciência<sup>4</sup>. Seu objetivo era restringir a esfera de atividade do Estado, delimitando um campo de atuação impenetrável, onde o indivíduo pudesse determinar sua conduta com exclusividade, sem ingerências do Poder Público. Para ele, esse campo era a Moral, ou “foro interno”, que não se confundia com o “foro externo”, o Direito. Para Giorgio Del Vecchio, Thomasius intuiu o ponto capital da distinção entre Moral e Direito: a primeira diz respeito à consciência subjetiva e o segundo ao ordenamento objetivo da consciência<sup>5</sup>. Em outras palavras, as normas morais nascem da consciência de um sujeito, ao qual sempre farão referência, ao passo que as jurídicas pressupõem a coordenação das condutas de dois ou mais sujeitos (daí a chamada “sociabilidade” do Direito).

---

<sup>2</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 336.

<sup>3</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>5</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, p. 369.

Nas palavras de Reale, a doutrina de Thomasius correspondia a uma aspiração da época, qual seja, nenhum cidadão poderia ser processado pelo simples fato de pensar, nem pode ser obrigado a ter esta ou aquela crença<sup>6</sup>.

Partindo das ideias de Thomasius, Kant<sup>7</sup> fala em autonomia e heteronomia. A autonomia expressa a necessidade de adequação entre a regra moral e a vontade pura do sujeito: esta vontade precisa estar direcionada ao fim moral, sob pena de não ser reconhecida como pura, e o ato que a realiza, como moralmente válido. Assim, se alguém ajuda outra pessoa por vaidade, ou para se mostrar caridoso, e não simplesmente por dever, sua ação não possui valor moral. Este valor só está presente quando a vontade é pura, isto é, adequada à regra moral. Neste sentido, a regra moral é autônoma porque o agente a reconhece como sua, aplicando-a por dever. O Direito, por sua vez, prescinde desse reconhecimento: basta ao Estado que as pessoas cumpram suas regras jurídicas, mesmo que não conformem suas intenções a elas. Como diz Reale: “A Moral deve ser autônoma, enquanto o Direito se contenta com a *conformidade exterior à regra*, sem envolver necessariamente a adesão da consciência: o Direito é heterônomo ou de legalidade extrínseca”<sup>8</sup>.

Sobre o fato de o Direito só cuidar daquilo que se exterioriza, não levando em conta o mundo da intenção Reale faz algumas ressalvas. A primeira é que o Direito só aprecia a ação enquanto projetada no plano social, mas o jurista deve apreciar o mundo das intenções, ou seja, o foro íntimo é de suma importância nas Ciências Jurídicas, vide a distinção existente, por exemplo, no Direito Penal entre dolo e culpa<sup>9</sup>.

Até a época conhecida como moderna, inúmeros pensadores renovaram o assunto, como veremos no capítulo II deste trabalho que trata do jusnaturalismo e da tese da vinculação entre o Direito e a Moral.

---

<sup>6</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 54. Se o Direito só cuida das ações exteriorizadas, somente aquilo que se projeta no mundo exterior fica sujeito à possível intervenção do Poder Público. (...) A coação somente surge no momento em que a atividade do indivíduo se projeta sobre os demais indivíduos a ponto de causar-lhe dano.

<sup>7</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução, Introdução e Notas de Valério Rohden baseada na ed. Original de 1788. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 55. A tese kantiana aqui é a seguinte: “A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres conformes a elas: contrariamente, toda a heteronomia do arbítrio não só não funda obrigação alguma, mas, antes, contraria o princípio da mesma e da moralidade da vontade”.

<sup>8</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 659.

<sup>9</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, pp. 54-55.

Entretanto, antes de verificarmos a tese de vinculação entre o Direito e a Moral, se faz necessário analisar aspectos que diferenciam o Direito e a Moral. Reale<sup>10</sup>, na obra *Lições preliminares de Direito*, disserta sobre a relação entre o Direito e a Moral e limita alguns pontos de referência essenciais, inclusive, pelo papel que desempenham no processo histórico. O autor tem a preocupação de advertir-nos que Direito e Moral não devem ser colocados em contraposição extrema, mas que também não devem ser confundidos como o mesmo objeto, afinal há diferenças, mas não o suficiente para tal.

## 2. A Teoria do Mínimo Ético

A Teoria do Mínimo Ético foi instituída por Jeremy Bentham (1748-1832) e desenvolvida por Georg Jellinek (1851-1911), o autor da expressão, para quem o direito é o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Nas palavras de Reale:

*“A teoria do mínimo ético consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social”*<sup>11</sup>.

Nas palavras de Reale, a teoria do “mínimo ético” coloca-nos o Direito como uma forma encontrada pela humanidade, enquanto socialmente organizada de garantir que seus valores morais não sejam maculados pela má vontade de alguns em detrimento dos anseios da coletividade, o direito, visa proteger então a moral desta coletividade, dos seus valores considerados primordiais e vitais, sem os quais estaríamos impossibilitados de permanecer assim organizados, e assim, o desrespeito a tais valores sofre mutação para então se configurar como delito, já que surgem as leis positivadas pelo legislador em pró do coletivo e de tais valores. “Assim sendo, o Direito não é algo de diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas”<sup>12</sup>.

É possível reproduzir graficamente a teoria do “mínimo ético” através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor o do Direito. Portanto, segundo esta teoria, haveria um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito

---

<sup>10</sup> Tendo como fundamento o capítulo quinto do livro de Reale em mãos, *Lições Preliminares de Direito* em sua vigésima sétima edição, tentaremos elucidar essa questão entre direito e moral, com base em seu capítulo V, DIREITO E MORAL.

<sup>11</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 42.

envolvido pela moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa imagem, que “tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo que é moral é jurídico”<sup>13</sup>.

A crítica que Reale faz a teoria do mínimo ético reside na “amoralidade” ou mesmo na “imoralidade” de alguns atos jurídicos, portanto, o direito não poderia estar englobado pela moral. Para elucidar tal crítica o autor usa o exemplo as regras de trânsito, que obedecem a imperativos técnicos e não sofrem influencia do campo da moral<sup>14</sup>.

Assim Reale esclarece que o direito tutela muita coisa que não é moral, muitas relações amorais ou imorais, porém lembra que existe o desejo incoercível de que o Direito tutele somente o “lícito moral”, mas, por mais que os homens se esforcem nesse sentido, sempre permanece um resíduo de imoral tutelado pelo Direito<sup>15</sup>.

Miguel Reale, representa a relação entre Direito e Moral da seguinte forma:

*“Há, pois, que distinguir um campo de Direito que, se não é imoral, é pelo menos amoral, o que induz a representar o Direito e a Moral como dois círculos secantes. Podemos dizer que dessas duas representações – de dois círculos concêntricos e de dois círculos secantes – a primeira corresponde à concepção ideal, e a segunda, à concepção real, ou pragmática, das relações entre o Direito e a Moral”*<sup>16</sup>.

### 3. Do Cumprimento das Regras Sociais

O próximo ponto de referência que serve para diferenciar o Direito e a Moral encontra-se no cumprimento espontâneo, obrigatório ou forçado das regras sociais. Reale analisa o fato de algumas regras sociais serem cumpridas de maneira espontânea e afirma:

*“Podemos dizer que a Moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. O ato moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Só temos, na verdade, Moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo realiza o ato enunciado pela norma. Não é possível conceber-se o ato moral forçado, fruto da força ou da coação. Ninguém pode ser bom pela violência. Só é possível praticar o bem no sentido próprio, quando ele nos atrai por aquilo que vale por si mesmo, e não pela interferência de terceiros, pela força que venha a consagrar a utilidade ou a conveniência de uma atitude”*<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

<sup>14</sup> Conforme Miguel Reale: *Uma regra de transito, como, por exemplo, aquela que exige que os veículos obedeçam à mão direita, é uma norma jurídica. Se amanhã, o legislador, obedecendo a imperativos técnicos, optar pela mão esquerda, poderá esta decisão influir no campo da moral? Evidentemente que não ... São razões puramente técnicas, de utilidade social, que resolvem muitos problemas de caráter jurídico. Não é exato, portanto, dizer que tudo o que se passa no mundo jurídico seja ditado por motivos de ordem moral ... Além disso, existem atos juridicamente lícitos que não o são do ponto de vista moral. Lembre-se do exemplo de uma sociedade comercial de dois sócios, na qual um deles se dedica, de corpo e alma, aos objetivos da empresa, enquanto que o outro repousa em trabalho alheio, prestando, de longe em longe, uma rala colaboração para fazer jus aos lucros sociais. Se o contrato estabelecer para cada sócio uma compensação igual, ambos receberão o mesmo quinhão* (*Ibidem*, p. 42-43).

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 44.

Para Reale não resta que os atos morais, para assim serem classificados, devem contar com a adesão espontânea do indivíduo, ou seja, não há moralidade que parta da coação do indivíduo, um ato moral parte da espontaneidade, da livre adesão do espírito à norma, em fazer por satisfação pessoal, visando tão somente sentir-se bem consigo mesmo, e, portanto, a moralidade é incompatível com a força de coesão, por exemplo, um filho abastado que nega ajuda aos pais necessitados pode ser coagido pela sentença de um juiz a pagar alimentos mas este ato de forma alguma pertencerá ao campo da moral enquanto não o fizer em livre e espontânea vontade. O cumprimento obrigatório da sentença satisfaz ao mundo jurídico, mas continua alheio ao campo propriamente moral<sup>18</sup>.

#### 4. Direito e Coação

Outro ponto de referência que serve para diferenciar o Direito e a Moral é a coercibilidade. Segundo Miguel Reale a Moral é incoercível e o Direito é coercível, o que distingue o Direito da Moral, portanto, é a coercibilidade. Coercibilidade é uma expressão técnica que serve para mostrar a plena compatibilidade que existe entre o Direito e a força<sup>19</sup>. O autor tenta nos mostrar a relação entre o direito e a força com a qual ele conta para fazer cumprir as normas essenciais ao perfeito funcionamento da sociedade.

Reale refere existir três posições diferentes em face da relação entre Direito e a força: uma teoria que sustenta que o direito nada tem a ver com a força e com a intervenção do poder público; uma segunda teoria que vê no direito uma efetiva expressão da força; e, uma última teoria que refere que a coação já é, em si mesma, um conceito jurídico dando-se a interferência da norma em virtude da norma que a prevê, a qual, por sua vez, pressupõe outra manifestação de força e assim sucessivamente até se chegar à pura coação ou a uma norma pura<sup>20</sup>.

Mas há também a teoria da coercibilidade, segundo a qual o Direito é ordenação coercível da conduta humana, segundo a qual a coação no Direito não é efetiva, mas sim potencial, representando uma segunda linha de garantia da execução da norma<sup>21</sup>.

Após a análise da teoria da coercibilidade surge uma pergunta: “O que é que explica a compatibilidade entre Direito e a força?”

---

<sup>18</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 48.

## 5. Direito e Heteronomia

Como preleciona Reale, o Direito é heterônomo, visto ser posto por terceiros aquilo que juridicamente somos obrigados a cumprir<sup>22</sup>. Nem todos pagam os impostos de boa vontade, no entanto, são obrigados a o fazer pela norma que isso determina; para o estado, basta que os paguemos felizes ou não. Reale concebe a idéia de um *homo juridicius*, que é modelado segundo o Direito e destinado a praticá-lo com rigorosa fidelidade às estruturas normativas. Segundo ele, existe um caráter de “alheiedade” do indivíduo, com relação à regra, assim o Direito poderia ser classificado como a ordenação heterônoma e coercível da conduta humana<sup>23</sup>.

Este critério, de matriz kantiana, parte da fonte de produção das normas. As normas jurídicas são consideradas heterônomas por derivarem do Estado e não da consciência de um sujeito. As normas morais são ditas autônomas por nascerem da consciência do indivíduo (são auto-produzidas). A principal consequência da adoção desse critério está na coercibilidade das normas. As normas jurídicas podem ser impostas pelo Estado, fazendo este atuar a coerção quando houver descumprimento. Para a norma moral, isso não existe: sua imposição só pode derivar da consciência individual. Afinal, ninguém pode impor regra moral a outrem, nem ser forçado a cumprir norma moral que não escolheu.

Críticas, porém, foram dirigidas a esse critério. Radbruch rejeita-o com veemência, alegando que “obrigação heterônoma” é uma contradição lógica, pois o que obriga não é a norma externa em si mesma, mas sua aceitação. Em outros termos, uma norma jurídica só possuirá validade quando aceita pelas consciências individuais como imperativa. O que implica dizer que ela, de algum modo, precisa ser convertida em “autônoma”. Segundo ele, “a heteronomia do Direito significa somente que a consciência aceita como próprio um complexo de normas desenvolvido de forma desvinculada à suas próprias leis”<sup>24</sup>.

Ainda distinguindo a moral e o direito, Reale explana acerca da bilateralidade atributiva, que corresponde à posição de outros jusfilósofos contemporâneos, como por exemplo, Del Vecchio<sup>25</sup> que diz que a Moral se distingue do Direito pelo elemento

---

<sup>22</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>24</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 55.

<sup>25</sup> Conforme DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979, pp. 371-372. De acordo com Del Vecchio, a distinção entre Direito e Moral funda-se na diferente posição lógica das duas categorias. A Moral impõe ao sujeito uma escolha entre diversas ações possíveis. Estas ações referem-se a um único sujeito, um homem interpelado por um mendigo, por exemplo. Apenas ele tem poder para decidir como agirá, e o mendigo não lhe pode exigir nada. Conclui-se que a ação moral é *unilateral*: embora se realize com referência a outra pessoa, esta nada pode impor. A escolha fica inteiramente com o agente. Algo diverso

“bilateralidade”, “alteridade” ou “intersubjetividade”. Entretanto, a análise deste aspecto refere-se a uma proposta específica do autor e foge da questão aqui analisada. Guardemos, apenas como referência, o conceito de bilateralidade atributiva do Direito como a obrigatoriedade estabelecida pela lei a dois ou mais indivíduos, tornando a inobservância das obrigações intersubjetivas por qualquer um destes, passível de coação.

Assim, distinguindo o direito e a moral importa ter em mente que os vínculos jurídicos realmente derivam de normas objetivas, irredutíveis às vontades vinculadas, fato que as torna capazes de gerar uma exigibilidade completamente ausente no campo das relações morais. A menção de Reale à intersubjetividade recorda-nos que o Direito existe para coordenar condutas de pessoas que, por serem igualmente dignas, precisam compatibilizar suas liberdades por meio de vínculos que reconheçam o outro como igualmente digno. Após o término desta primeira parte da explanação, Direito e Moral devem ser considerados como bastante próximos e secantes em alguns pontos, mas, no entanto, também como duas existências distintas na atividade cultural humana, o Direito faz parte da cultura de um povo assim como a Moral, sendo aí, mais um ponto que se encontram, já que ambos são mutáveis de acordo com a sociedade que consideremos.

Como afirma o grande mestre do Direito Miguel Maria de Serpa Lopes:

*“nem por ser diferente a conformação do Sol em face da Terra, pode-se deixar de reconhecer a influência que ele exerce na vida de nosso planeta. Assim a Moral e o Direito. Nem por neles se manifestarem, a parte de pontos de analogia, outros de diferença, nem por isso é possível desconhecer-se a influência básica da Moral sobre o Direito”*<sup>26</sup>.

---

ocorre com o Direito, que confronta atos de pelo menos *dois* sujeitos. A regra jurídica, ao regular o comportamento de um sujeito, tem sempre em mira o comportamento de outro sujeito, cuja ação está entrelaçada à do primeiro. A norma jurídica, destarte, regula um comportamento em função de outro comportamento. Ela é, então, bilateral. Afirma o autor italiano: “A moral indica um dever, cuja observância poderá eventualmente ter efeito para outras pessoas além da do agente, mas não dá normas às mesmas. O comportamento destas não é por ela definido, e só a determinação do comportamento do sujeito entra no seu conteúdo. A norma define tão só o comportamento daquele que deverá cumprir o dever por ela estabelecido. Com o Direito já não é assim. Na esfera por ele regida, o comportamento de um sujeito é sempre considerado em relação ao comportamento de outro. De um lado, impõe-se uma obrigação; do outro, atribui-se uma faculdade ou pretensão. Mas, com esta imposição e com esta pretensão, em vez de coisas distintas, temos uma só determinação jurídica que, conjuntamente, fixa a obrigação de um sujeito e a pretensão de outro. Podemos afirmar que a bilateralidade é a pedra angular do edifício jurídico”.

<sup>26</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1997.



## II PROLEGÔMENOS HISTÓRICOS À TESE DA SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL - O JUSNATURALISMO COMO ANTECESSOR AO POSITIVISMO JURÍDICO

Em primeiro lugar, é necessário que se predique a existência de duas ordens jurídicas, o direito natural e o direito positivo, o que vem a ser a tese do dualismo jurídico. A Doutrina do Direito Natural é caracterizada por um dualismo fundamental de Direito positivo e Direito natural. Acima do Direito positivo, imperfeito, criado pelo homem, existe um Direito Natural, perfeito (porque absolutamente justo), estabelecido por uma autoridade divina<sup>27</sup>.

Como explica Paulo Ferreira da Cunha<sup>28</sup> o Jusnaturalismo e o Positivismo Jurídico opõem-se diretamente. A grande diferença entre ambos é que, enquanto os pluralismos acreditam que, por de trás ou acima do direito vivente há um outro direito, mais profundo que pode ser decorrente da natureza, da razão e/ou divindade, ou da ordem das coisas, os positivismos acreditam que o direito está aí, positivado, e tudo mais, inclusive a moral não se confunde com o mesmo<sup>29</sup>. Nas palavras do professor: “Isto significa que os jusnaturalismos e afins são pluralismos jurídicos (considerando a existência simultânea de um direito natural e um direito positivo, por ele julgado e nele fundado), enquanto os positivismos, negando esse outro direito, representam uma posição monista”<sup>30</sup>.

O direito natural decorre de natureza de algo, razão pela qual se pode falar, por exemplo, em direito natural de origem divina ou em direito natural fundado na essência do ser humano. Em todo caso, as doutrinas jusnaturalistas partem da idéia de que o direito natural possui normas imutáveis no tempo e no espaço, ao passo que as normas do direito positivo são caracteristicamente cambiantes nas dimensões espacial e temporal. Compreendem-se as diferenças entre direito natural e direito positivo, tendo em vista que o direito natural reside na natureza de algo, não resulta de criação do homem, precisamente o contrário do que ocorre em relação ao direito positivo.

Até o séc. XIX acreditava-se que existia um conjunto de valores morais universais e imutáveis, a esse conjunto valores denomina-se direito natural. As distintas teorias acerca do direito natural, ou jusnaturalismo, têm em comum a afirmação da superioridade do direito

---

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. *O Que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 142.

<sup>28</sup> FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 315.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 315.

natural sobre o direito positivo. Trata-se da crença de que existe um direito transcendente, que serve de modelo para o direito positivo, de modo que o conhecimento deste não permitiria, portanto, a compreensão do direito em toda sua completude.

O jusnaturalismo advoga pela supremacia de um sistema de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado. Afinal, assim, afiança Guido Fassó: O Jusnaturalismo é uma doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um "direito natural" (*ius naturale*), ou seja, um sistema de norma intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo)<sup>31</sup>.

Divisa-se, então, que o Jusnaturalismo defende a preeminência do Direito Natural. Esse, por sua vez, configura-se num Direito inscrito na natureza ou na razão, independentemente de qualquer legislação positiva: um Direito de antes do Direito, que seria universal e serviria de fundamento ou de norma para os diferentes Direitos Positivos.

Paulo Ferreira da Cunha<sup>32</sup>, fala em Jusnaturalismo em sentido lato e em sentido rigoroso. Jusnaturalismo em sentido *lato sensu* seria sinônimo de não monismo jurídico, de completude do direito positivo e de preocupação pela justiça. Jusnaturalismo *stricto sensu* ou em sentido rigoroso seria aquele que crê numa dimensão a todos os títulos jurídica, superior e fundante do Direito positivo, a que chamam “Direito natural”.

Norberto Bobbio define o jusnaturalismo como a corrente do Direito que tem a convicção de que “uma lei para ser lei, deve ser conforme a justiça” e completa dizendo que “a teoria do direito natural é aquela que considera poder estabelecer o que é justo de modo universalmente válido”<sup>33</sup>.

Já Ronald Dworkin, em *Império do Direito*, afirma que as teorias jusnaturalistas “sustentam que os juristas seguem critérios que não são inteiramente factuais, mas, pelo menos até certo ponto, morais, para decidirem que proposições jurídicas são verdadeiras”<sup>34</sup> e, segundo o próprio Dworkin, as correntes mais radicais do Jusnaturalismo afirmam que Direito e Justiça são coisas idênticas.

---

<sup>31</sup> FASSÓ, Guido. “Jusnaturalismo” In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et. al. 5ª ed. Brasília: Editora UNB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, vol. I, p. 655.

<sup>32</sup> FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 321-322.

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 44.

Norberto Bobbio<sup>35</sup> – em *O Positivismo Jurídico* – pautando-se em um critério histórico-social, divide a doutrina jusnaturalista em três fases: Jusnaturalismo Clássico, Jusnaturalismo Medieval e Jusnaturalismo Moderno.

Norberto Bobbio compila, de modo geral, os principais critérios que caracterizam o Jusnaturalismo, de modo que, pode-se afirmar que os Direitos Naturais são universais, ou seja, válidos para todos e em todos os lugares; imutáveis, ou seja, válidos em qualquer tempo; de cognição racional, ou seja, conhecidos através da razão humana; produzidos pela natureza, ou pela razão humana ou ainda por Deus ou qualquer outra entidade divina; objetivamente bons, ou seja, estabelecem aquilo que é bom para a sociedade, ou melhor, aquilo que é justo; e por fim, não são indiferentes aos comportamentos regulados, ou seja, eles os valoram<sup>36</sup>.

Como idéia principal podemos ficar com a afirmação que há, no Jusnaturalismo, sempre uma “lei natural, eterna e imutável, que se traduz na existência de um universo já legislado”<sup>37</sup>.

Segundo Lyra Filho<sup>38</sup>, essa corrente jusfilosófica corresponde à posição mais antiga da doutrina jurídica (mas de modo algum liquidada), podendo-se utilizar o termo “justiça” como palavra-chave para seu entendimento. Para ela, o Direito é a precisa manifestação do justo. O autor assevera, ainda, ser possível defini-la por meio de um brocardo romano que sintetiza, de maneira categórica, seus postulados conceituais: “ordenado porque justo” (“*iussum quia iustum*”).

Em seu desenvolvimento histórico, o Direito Natural se apresentou fundamentalmente sob três formas, destinadas a estabelecer o padrão jurídico dominante em um determinado período ou a justificar as razões que tornavam esse padrão jurídico legítimo.

Num primeiro momento, assim, o chamado Direito Natural cosmológico fundamentava sua visão do Direito na “natureza das coisas”, na natureza do cosmos. Num segundo momento, o Direito Natural teológico tinha em Deus e no divino o fundamento, por excelência, do Direito. Num terceiro momento, o Jusnaturalismo passou a buscar na razão humana (Direito Natural antropológico) o suposto parâmetro por excelência do direito posto<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Icone, 1999.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> MARQUES NETO, A. R. *A Ciência do Direito*: Conceito, Objeto, Método. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 135.

<sup>38</sup> LYRA FILHO, Roberto. *O Que é Direito*. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2006, pp. 28-298.

<sup>39</sup> *Idem*, pp. 21-22.

Detalhes sobre o conteúdo do direito natural, assim como sobre as consequências da relação de superioridade do direito natural em face do direito positivo, respondem pela variedade de doutrinas jusnaturalistas.

## 1. Jusnaturalismo Clássico

As primeiras manifestações do Jusnaturalismo apareceram na Grécia, sendo que o primeiro registro dessa idéia de direito natural aparece na obra *Antígona*, de Sófocles com a afirmação do “justo por natureza” que seria o que é justo conforme a razão.

Na obra de Sófocles<sup>40</sup>, quando Creonte se dirige a Antígona, com a pergunta: "Sabias que um edito proibia o sepultamento de teu irmão?" - ou seja, sabias dos limites prescritos pelo direito positivo, a heroína trágica responde:

*“Mas Zeus não foi o arauto delas para mim, nem essas leis são as ditadas entre os homens pela Justiça, companheira de morada dos deuses infernais; e não me pareceu que tuas determinações tivessem força para impor aos mortais até a obrigação de transgredir normas divinas, não escritas, inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram. E não seria por temer homem algum, nem o mais arrogante, que me arriscaria a ser punida pelos deuses por violá-las”*<sup>41</sup>.

A leitura da passagem acima registra a aguda consciência, desde os primórdios de nossa civilização, de leis não escritas, iniludíveis, das quais não se pode dizer quando nem onde surgiram, mas que são cogentes como princípios objetivos, transcendendo fronteiras e limitações tanto espaciais como temporais, de modo que puderam ser interpretadas pelos jusfilósofos dos séculos XVII e XVIII como a expressão de *direitos naturais* universais, ínsitos à própria natureza humana<sup>42</sup>. Além disso, vários filósofos também vão citar essa idéia do “justo por natureza”, mas foram os Estóicos que construíram o conceito de direito natural e foi Cícero que levou esse conceito de direito natural para a cultura romana.

A Escola Estoica foi fundada em Atenas em 300 a.C. por Zenão de Cítio (332-262 a.C.). O termo “estoicismo” deriva da *stoa poikilé*, ou “pórtico pintado”, local em Atenas onde os

---

<sup>40</sup> Sófocles (497 ou 496 a.C.- inverno de 406 ou 405 a.C.) foi um dramaturgo grego, um dos mais importantes escritores de tragédia ao lado de Ésquilo e Eurípedes, dentre aqueles cujo trabalho sobreviveu. Suas peças retratam personagens nobres e da realeza. Filho de um rico mercador, nasceu em Colono, perto de Atenas, na época do governo de Péricles, o apogeu da cultura helênica.

<sup>41</sup> SÓFOCLES. *Antígona* 510 a 515. In: *Sófocles: A Trilogia Tebana*. Tradução de Mário da Gama Kury. 9ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 219.

<sup>42</sup> GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. (Professor do Departamento de Filosofia da UNICAMP). *Sobre Direitos Humanos na Era da Bio-política*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2008000200002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200002)>. Acesso em: 13 jun. 2013.

membros da escola se reuniam. A doutrina estoica foi posteriormente desenvolvida por Zenão, Cleantes (331-232 a.C.) e Crisipo (280-206 a.C.)<sup>43</sup>.

O estoicismo observa uma estreita relação entre a *physis* (natureza) e o *ethos* (caráter, conjunto de hábitos). Para essa corrente filosófica, o homem é parte do universo e, para ter uma conduta ética que assegure a sua felicidade, suas ações devem estar em consonância com os princípios naturais e com a harmonia do cosmo, o qual dá equilíbrio a todo o universo, inclusive ao homem. Há uma espécie de energia, um *logos*, que determina como as coisas são, as quais são exatamente como devem ser. O destino reflete a racionalidade do real e para que cada ser seja completo e integrado ao universo, precisa viver segundo a sua específica natureza que, no caso do homem, significa viver racionalmente.

Paulo Ferreira da Cunha define o jusnaturalismo clássico como aquele que “procura o direito nas coisas e nas relações sociais axiologicamente correctas (procedendo, nos primórdios, a uma como que sociologia axiologizada ou eticizada)”<sup>44</sup>. O realismo jurídico clássico é aquele que privilegia uma visão objetiva do direito, entendendo direito com o sentido do devido, da coisa devida e só depois derivando para outros usos do termo<sup>45</sup>.

Para os autores estoicos há um Direito Natural segundo o qual todos os seres humanos são naturalmente iguais e naturalmente livres. O natural é que o homem pense livremente<sup>46</sup>. Mas ele também deve poder agir livremente, de modo que, para esses filósofos, a liberdade do Direito Natural, princípio orientador para homens e deuses, deve ser garantido por meio do Direito Positivo, estabelecido pelo homem para regular a vida em sociedade.

Na obra “Da República” Cícero escreveu uma boa definição de direito natural: “há uma verdadeira lei, recta razão, conforme à natureza, difundida por todos, constante, eterna (...) não é uma em Roma e outra em Atenas, não é uma hoje e outra amanhã, mas lei única e eterna e imutável, será para todas as nações e para todos os tempos”<sup>47</sup>.

Podemos então definir o Jusnaturalismo Clássico como sendo aquele que se desenvolveu através das idéias dos filósofos gregos, como Platão e Aristóteles que buscam

---

<sup>43</sup> MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 91.

<sup>44</sup> FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 323.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 323.

<sup>46</sup> MATOS, Andyttias Soares de Moura Costa. O Pórtico e o Fórum: Diálogos e Confluências entre o Estoicismo e o Direito Romano Clássico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: Editora UFMG, n. 98, pp. 295-336, jul./dez. 2008, *passim*.

<sup>47</sup> CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. São Paulo: Edipro Edições Profissionais, 1996. (Série Clássicos). A respeito do Autor, político, orador e filósofo romano (106-43 a.C.) foi um dos responsáveis pela difusão da Filosofia grega no mundo latino, tendo suas obras influenciado fortemente a formação e o desenvolvimento da tradição clássica greco-romana. Escreveu também *De Legibus*. Pode ser considerado um filósofo político por suas obras.

uma justiça universal baseada em uma razão natural – *naturalis ratio* – e que posteriormente é adotado pelas escolas do *ius gentium* em Roma. Bobbio afirma que para Aristóteles, “o direito natural é aquele que tem em toda parte (*pantachoû*) a mesma eficácia” e que prescreve ações “cuja bondade é objetiva”, ou seja, trata-se de um direito justo e universal<sup>48</sup>.

## 2. Jusnaturalismo Medieval

No tocante à delimitação histórico-temporal, é comum se designar como início da Idade Medieval a desintegração do Império Romano do Ocidente, no século V (476 d.C.), e seu termo o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla no século XV (1453 d.C.).

Se Cícero, ao contrário do jusnaturalismo cosmológico e panteísta grego, fundava já em Deus a origem da “lei natural”, o jusnaturalismo medieval acentuou essa fundamentação teológica. Na Idade Média utiliza-se esse conceito de Direito Natural, mas atribui-se ao Deus Cristão a origem desse direito.

É preciso destacar que na Idade Média um forte poder se levantou: o Cristianismo. A Igreja cresceu em direção à sua tarefa de se tornar a educadora das nações. Onde era estabelecido seu domínio, os sistemas filosóficos eram incorporados, permanecendo vivos dentro da doutrina da Igreja, sendo excluídos quaisquer elementos que a esta contrariassem. Em outras palavras, a Igreja se apropriou das filosofias das antigas civilizações, dando, em alguns casos, apenas uma nova roupagem<sup>49</sup>.

Com a ascensão do Império Romano e do cristianismo na Idade Média, grande parte da filosofia desse período esteve comprometida com questões teológicas. Escreve Inezil Penna Marinho que “o cristianismo absorveu os princípios do Direito Natural e, ao mesmo tempo, tornou-se a principal fonte de sua irradiação, durante a Idade Média”<sup>50</sup>. Tanto era o comprometimento, que o direito natural passou a ter também conotações teológicas, de tal

---

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1999, p. 17.

<sup>49</sup> ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. Jusnaturalismo Medieval e Direitos Humanos: Reflexões sobre o Direito em Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham. *Revista CEPPG*, n. 20, pp. 89-102/2009. ISSN 1517-8471. Disponível em: <[http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/dd1fdf35c2337f6960aa9aa81ee5caff.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/dd1fdf35c2337f6960aa9aa81ee5caff.pdf)>. Acesso em: 29 jun. 2013.

<sup>50</sup> MARINHO, Inezil Penna. *O Direito Natural na Idade Média e no Direito Canônico*. Brasília: Instituto de Direito Natural, 1979, p. 9.

forma que, o trabalho dos pensadores do jusnaturalismo era, basicamente, revelar o direito natural.

Ressalta-se que o termo revelar, traz a ideia de que um ser produzia este direito, sendo que, aos jusnaturalistas cabia revelar o que era produzido por esse ser. Evidentemente que o ser tratava-se de Deus. Esta é a característica marcante do direito natural medieval, do qual são expoentes São Tomas de Aquino, Isidoro de Servilha e Santo Agostinho.

Santo Tomás de Aquino elaborou uma doutrina jusnaturalista, segundo a qual podem ser distinguidos três tipos de leis: lei eterna, lei natural e lei humana.

A lei eterna seria expressão da razão divina, que rege o mundo de um modo que não se concebe no tempo, porque eterno<sup>51</sup>. Por sua vez, a lei natural consistiria na “*participação da lei eterna na criatura racional*”<sup>52</sup>, de maneira que o ser humano, por ser dotado de racionalidade, tem a capacidade de conhecer a lei natural. Já a lei humana, o direito positivo, seria o produto da razão humana, que deve proceder a partir da lei natural<sup>53</sup>.

O direito natural serve como critério de correção moral, ou de justiça, em relação ao direito positivo. Conforme Santo Tomás de Aquino sustenta, “*algo é justo pelo fato de que é reto segundo a regra da razão*”<sup>54</sup>. Dessa maneira, o direito natural seria o direito justo, ou o direito racional, de modo que o direito positivo não pode dele discordar. Caso a lei humana esteja em desacordo com o direito natural, “*já não será lei, mas corrupção de lei*”<sup>55</sup>.

Santo Thomas de Aquino com seu entendimento de que a “lei natural” é uma parte da ordem imposta pela mente de Deus que se encontra na razão do homem, resolveu, portanto a confusão de idéias entre o conceito antigo e medieval do direito natural.

Na teoria do direito natural de Santo Tomás de Aquino, duas são as formas pelas quais o direito positivo deriva do direito natural: através de conclusões semelhantes a demonstrações e através de determinações<sup>56</sup>.

Exemplo da primeira forma é a proibição de matar uma pessoa inocente, que deriva de maneira lógica do direito natural. Contudo, a maior parte do direito positivo não deriva do direito natural dessa maneira, mas pressupõe uma colaboração criativa do legislador humano, a exemplo do arquiteto que deve projetar uma forma determinada e específica para a figura de uma casa.

---

<sup>51</sup> AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2005, vol. 4, p. 529, I-II, q. 91, a. 1.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 531, I-II, q. 91, a. 2.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 533, I-II, q. 91, a.3.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 576, I-II, q. 95, a. 2.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 576, I-II, q. 95, a. 2.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 576-577, I-II, q. 95, a. 2.

Assim, afasta-se a objeção segundo a qual o direito positivo seria supérfluo em face da perfeição do direito natural<sup>57</sup>, já que caberia à lei humana não somente declarar as conclusões semelhantes a demonstrações advindas do direito natural, como também realizar a função de determinação, especificação ou concretização do direito natural.

Para Santo Tomás de Aquino, os preceitos naturais não derivam de nenhum tipo de autoridade – seja ela humana ou supra-humana. A lei natural vincula-se à natureza humana e sua força deriva da razão prática. Dessa forma, a teoria clássica do Direito Natural não se apóia em qualquer tipo de voluntarismo, não sendo necessário, portanto, recorrer à vontade de nenhum ente dotado de autoridade para que se conheçam os princípios naturais. Conforme assinala Anthony Lisska, um dos pressupostos filosóficos desta teoria é: “*a razão tem prioridade teórica sobre a vontade*”<sup>58</sup>.

Dessa forma, sob a perspectiva clássica, é equivocada a idéia de que as normas do Direito Natural preexistem ao homem, como tivessem sido criadas e postas por uma entidade superior, prontas para serem conhecidas por meio da razão. Segundo Roberto P. George, “a lei natural é intrínseca aos seres humanos; suas referências fundamentais são os bens humanos que constituem o bem-estar e a completude humanos e, precisamente como tais, são causas para a ação”<sup>59</sup>.

Pelo exposto, conclui-se que o Jusnaturalismo Medieval é aquele que se desenvolveu no período medieval e é extremamente pautado em fundamentos religiosos e caracteriza-se por pregar um Direito Universal, geral (genérico) que tenha como escopo fundamental a busca por uma justiça dentro dos liames do cristianismo, ou melhor, da Igreja. Dentre as obras de Direito Natural desta época, destacam-se as do filósofo católico Santo Tomás de Aquino que definia a *lex naturalis*, como: “*Participatio legis aeternae in retionali creatura*” – aquilo a que o homem é levado a fazer pela sua natureza racional<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Kelsen, Hans. *O Que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 142.

<sup>58</sup> LISSKA, Anthony. *Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 85.

<sup>59</sup> GEORGE, Robert P. *Kelsen and Aquinas on the Natural Law Doctrine*. In: GOYETTE, John; LATKOVIC, Mark S.; MYERS, Richard S. *St. Thomas Aquinas & The Natural Law Tradition: Contemporary Perspectives*. Washington: The Catholic University of America Press, 2004, p. 241.

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1999, p. 20.



### 3. Jusnaturalismo Moderno ou Racional

Como visto até aqui, é certo que na Antiguidade e na Idade Média ocorreram diversas formas de jusnaturalismo, cada qual com diferentes fundamentos. Como ensina Mialle<sup>61</sup>, na Antiguidade Clássica a idéia de “justo” presidia aquilo que nós podemos hoje designar como direito, e esta “justiça” somente poderia ser encontrada na natureza, já que o justo (o direito) é o natural. A perfeita ordenação da natureza preside também a ordenação do mundo dos homens e é nela que o fundamento da regulamentação jurídica entre os homens busca seu fundamento. Na Idade Média, mormente na concepção tomista, a lei natural é atributo de Deus e, sendo a natureza o fundamento do direito, há que se ter em conta que a natureza é uma criação divina e está submetida aos seus desígnios e à guarda da Igreja. Trata-se também, portanto, de um direito calcado na natureza, mas uma natureza submetida à criação de Deus.

Com o fim da idade medieval e início da idade moderna, houve uma grande ruptura no pensamento filosófico, o que, evidentemente teve consequências também para o direito natural.

Com o advento da Renascença (Séculos XV e XVI), o homem passa a indagar da origem daquilo que o cerca, colocando-se no centro do universo. Sujeita o conhecimento a uma verificação de ordem racional, dando valor essencial ao problema das origens do conhecimento, fundamentando-o segundo verdades evidentes sem recorrer ao alto na busca de quaisquer explicações. Assim, observamos nas perenes palavras de Descartes: “Só a razão como denominador comum do humano, parecerá manancial de conhecimentos claros e distintos, capazes de orientar melhor a espécie humana, que quer decidir por si de seu destino”<sup>62</sup>. Logo, a razão, que para a escolástica e, sobretudo, para o tomismo era o conceito fundamental do Direito Natural, sofre uma transformação na teoria do Direito Natural profano e se afasta substancialmente da concepção clássica aristotélico-tomista quando revela a anterioridade do homem à lei, primeiro o indivíduo com o seu poder de agir para depois se por a lei, resultando esta no produto da autoconsciência daquele.

O jusnaturalismo moderno, portanto, fundamentará o direito na natureza de um homem racional e passível de socialização, quer esta esteja inscrita de maneira inata na sua natureza, quer se apresente como uma espécie de superação dos obstáculos que sua natureza individual não consegue superar.

---

<sup>61</sup> MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1989, pp. 255/258.

<sup>62</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, 2 vol., p. 55G.

Por essa mesma razão, poderíamos denominar o Direito Natural moderno de Direito Natural racional, já que tem como referência a natureza racional do homem, fundadora das leis que deverão comandar o direito, a moral e a política. Neste mesmo sentido, Luís Roberto Barroso afirma que o Jusnaturalismo Moderno é aquele que se desenvolve através das ideias dos filósofos racionalistas do século XVI e que se pauta em uma “lei ditada pela razão”, dando-se ênfase a natureza e a razão humana, o que “é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII”<sup>63</sup>.

Conforme explica Hugo Grócio, citado por Norberto Bobbio, Jusnaturalismo Moderno ou Racional é aquele que busca através de uma justa razão atingir os ideais de moral e justiça respeitando a natureza racional do homem<sup>64</sup>.

A filosofia deixou de ser eminentemente fundada na teologia para fundar-se exclusivamente no indivíduo, ou seja, a filosofia não era mais uma dádiva do Deus ou dos deuses concedida ao homem, mas sim, única e exclusivamente fruto da capacidade humana de reflexão. A razão substitui o criacionismo. Tercio Sampaio Ferraz Júnior define com clareza o direito natural moderno “O direito natural é uma suma de normas obrigatórias, que valem para toda a humanidade, não em virtude de estatuto positivo (*positive Satzung*), mas da própria natureza. O fundamento de sua validade universal está no fato dele ser uma irrecusável exigência da razão”<sup>65</sup>.

Quando se fala no direito natural moderno fala-se no direito que se assenta na natural razão humana e seus atributos. Apesar das inúmeras vertentes do direito natural moderno, sua linha comum e seu traço distintivo, ainda segundo Mialle, é que agora o direito está ligado ao indivíduo, à qualidade específica do homem, tornando-se a emanção deste, a expressão de suas possibilidades inalienáveis e eternas<sup>66</sup>. O fundamento do direito, portanto, aparece como sendo outro: o homem e sua racionalidade.

Ainda sobre o Jusnaturalismo Racional, Lopes, Queiroz e Acca, em seu Curso de História do Direito, afirmam que “o jusnaturalismo moderno manifesta-se enquanto o sistema de justiça real é ainda operado por gente formada na escola do *ius commune*”<sup>67</sup>. Disto decorre que o Jusnaturalismo Moderno pauta-se em um Direito Consuetudinário, embasado sob a

---

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 236.

<sup>64</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 2006, p. 20.

<sup>65</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Pressupostos Filosóficos para a Concepção de Sistema no Direito Segundo Emil Lask*. Tese (Doutorado do Direito), Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1970, p. 11.

<sup>66</sup> MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1989, p. 259.

<sup>67</sup> LOPES, José Reinaldo de Lime; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2006, p. 95.

ótica da Justiça aos olhos dos filósofos racionalistas enquanto escopo fundamental do Direito, uma justiça comum derivada dos costumes e valores da sociedade.

Miguel Reale – em Filosofia do Direito – trabalha o Jusnaturalismo sob a ótica de duas teorias: a Transcendente e a Transcendental. Segundo Reale, a Teoria Transcendente concebe o Jusnaturalismo “*como um arquétipo ideal, uma realidade ontológica válida em si mesmo*”, ou seja, um sistema perfeito que independe de qualquer outra coisa para existir, pois é auto-suficiente. Já a Teoria Transcendental restringe a esfera de ação do Jusnaturalismo “*ao plano deontológico, em correlação e funcionalidade necessária com o plano da experiência histórica do Direito*”, ou seja, restringe o Jusnaturalismo a um plano de valores sociais historicamente estabelecidos e necessariamente tutelados pelo Direito<sup>68</sup>.

Na linha evolutiva da História, após a cisão entre Igreja e Estado e a ascensão dos Soberanos, na prática, pouca coisa mudou, os comerciantes continuaram a se submeter de forma extremada aos governantes, as atrocidades contra o ser humano não diminuíram, os nobres e o clero continuaram a ter privilégios, em suma, a realidade social se quedou inerte. Tudo isso despertou movimentos revolucionários, principalmente da classe burguesa, que com o apoio do iluminismo, se organizou em busca de poder político, liberdade (comercial), igualdade (legal) e de muitos outros direitos defendidos pelos jusnaturalistas<sup>69</sup>.

Nesse sentido, conforme afirma Luís Roberto Barroso, “a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) estão impregnadas de idéias jusnaturalistas”<sup>70</sup>.

Ainda segundo Barroso, os iluministas e os jusnaturalistas estiveram juntos no movimento de codificação do Direito, durante o século XVIII, “*cuja maior realização foi o Código Civil Francês – o Código Napoleônico*”. Entretanto, conclusa a Revolução Francesa, com a codificação dos direitos em diversos países da Europa, o Jusnaturalismo se viu – conforme explica José Reinaldo de Lima Lopes, citado por Barroso – “domesticado e ensinado dogmaticamente”, ou seja, a codificação, grosso modo, “cortou as pernas” do Jusnaturalismo limitando-o e impedindo-o de se desenvolver livremente como até então se desenvolvia e, por fim, o “substituiu” por uma nova doutrina – o Positivismo Jurídico<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 590.

<sup>69</sup> LOPES, W. F.; DOS SANTOS, Eduardo. R. *Métodos Paradigmáticos de Interpretação do Direito: Uma Investigação Histórica*. In: I CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. Belo Horizonte: AMPD, 2010.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 237.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 238.

Norberto Bobbio, Matteucci e Pasquino, citados por Luís Roberto Barroso, afirmam que “o advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica”<sup>72</sup>.

Nessa mesma linha de raciocínio, Tercio Sampaio Ferraz Junior, pautando-se nas ideias de Nicolas Luhmann, afirma que a constitucionalização dos Direitos Naturais, ou ainda, dos Direitos Fundamentais, não só “os positivou”, mas provocou gradativamente sua trivialização, o que, conseqüentemente, gerou uma indiferença em relação às suas próprias diferenças<sup>73</sup>.

No século XIX, com a crescente tendência de sistematização do conhecimento e como havia uma gama imensa de fontes de direito, buscava-se positivizar o direito natural, juntando todo o conhecimento disponível em um só compêndio, para facilitar a identificação de qual norma se aplicava a qual situação.

Acreditava-se que a sistematização era o auge do direito natural. No entanto, ao definir que o juiz deveria, obrigatoriamente, aplicar as determinações do código criou-se a prática do positivismo. Essa prática deu origem ao modelo positivista, que entendia que a garantia de uma fonte única de direito gerava segurança.

As três fases do direito natural (clássica, medieval e moderna) possibilitaram uma estreita relação entre direito e moral. Essa afirmação se sustenta por argumentos reflexivos e históricos. Em primeiro lugar, é plausível afirmar que quando o pensador jusnaturalista busca o direito em outro lugar que não a lei, ele não está fazendo outra coisa senão condensando os princípios morais e éticos e transformando-os em termos de princípios de direito natural. É possível verificar essa afirmação, inclusive no drama de Sófocles, ao passo que, se tivermos determinado que era moral fazer o sepultamento de pessoas, ou, ao contrário, era extremamente imoral deixar de sepultar um parente próximo, a regra de direito natural contida no citado drama deriva, evidentemente da moral vivida pelos personagens. Não é diferente com o direito natural medieval. Os jusnaturalistas que se colocaram a revelar o direito natural durante o período medieval, não estavam a fazer outra coisa senão a revelar a moral e transformá-la em princípios de direito natural, tamanha era a preponderância da moral religiosa naquele período<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 238.

<sup>73</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>74</sup> INÁCIO, Nildo. As Consequências do Paradigma da Modernidade na Aplicação do Direito: A Neutralidade Jurídica. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIDAVI*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/2012/06/as-consequencias-do-paradigma-da-modernidade-na-aplicacao-do-direito-a-neutralidade-juridica/>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

A corrente de pensamento jusnaturalista, em suas três fases anteriormente citadas, teve grande influência na aplicação do direito nos ambientes judiciais. Essa aplicação do direito natural nos ambientes judiciais propiciou, na prática, a aplicação dos princípios éticos e morais das diferentes épocas que não haviam sido incorporadas pela lei escrita. É dessa forma que a moral adentrou nos ambientes judiciais durante o período clássico, o medieval e no início da idade moderna. Não se quer dizer com isso que as leis escritas produzidas em citados períodos não continham preceitos morais e éticos. Não se está pois, excluindo esta possibilidade, mas sim, apenas demonstrando outra janela de comunicação entre moral e direito que não a lei, durante o período que o direito natural foi amplamente observando nos ambientes judiciais<sup>75</sup>.

Ocorre, porém, que enquanto o direito natural moderno era produzido e aplicado, operava-se uma ruptura paradigmática, primeiro nas ciências naturais e paulatinamente nas ciências humanas, que teve como consequência, a impossibilidade de comunicação entre direito e moral por outros instrumentos que não a lei. Essa ruptura paradigmática trata-se da formação das bases da ciência moderna a partir da filosofia moderna e das experiências empíricas das ciências naturais<sup>76</sup>.

Na Idade Moderna, período histórico que se inicia com a descoberta do caminho marítimo para a Índia em 1498 e se estende ao desenvolvimento da Revolução Francesa, em 1789, destaca-se, na História da Filosofia do Direito, as doutrinas da Escola Clássica do Direito Natural e o Idealismo Alemão de Kant e Hegel.

### 3.1 Escola Clássica do Direito Natural

Embora a ideia de direito natural remonte à época clássica, e não tenha cessado de viver durante a Idade Média, a verdade é que quando se fala de “doutrina” ou de “escola” do direito natural, sem outra qualificação, ou de “jusnaturalismo” a intenção é referir-se à revivescência, ao desenvolvimento e à difusão que a antiga e recorrente ideia do direito natural teve durante a idade moderna, entre o início do século XVII e o fim do século XVIII. Assim, a Escola do

---

<sup>75</sup> INÁCIO, Nildo. As Consequências do Paradigma da Modernidade na Aplicação do Direito: A Neutralidade Jurídica. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIDAVI*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/2012/06/as-consequencias-do-paradigma-da-modernidade-na-aplicacao-do-direito-a-neutralidade-juridica/>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

Direito Natural teria o seu início com a publicação da obra *De Iure Belli ac Pacis*, no ano de 1625, da lavra de Hugo Grócio<sup>77</sup>.

Indefinida, igualmente se encontra, a data de encerramento, mesmo não repousando dúvidas sobre os eventos que conduziram ao seu fim: a produção legislativa das célebres codificações – onde se sobressai a napoleônica – que fincaram as raízes para uma atitude de reverência no que concerne às leis estabelecidas e, por via de consequência, da forma de conceber o trabalho do Jurista e a função da Ciência Jurídica, que recebeu o nome de Positivismo Jurídico. A isso, deve-se acrescentar a corrente de pensamento que decretou a morte da “escola de direito natural”, o historicismo jurídico, com a escola histórica do direito, em particular na Alemanha<sup>78</sup>.

Contudo, é imperativo dizer que sob o manto do Jusnaturalismo abrigam-se autores e idéias, correntes das mais diversificadas, filósofos como Hobbes, Leibniz, Locke, Kant; juristas-filósofos como Pufendorf, Thomasius e Wolff e por fim, um dos maiores pensadores políticos de todos os tempos, Rousseau, autor de O Contrato Social<sup>79</sup>. Visto sob este prisma, o Jusnaturalismo aflora como uma frondosa árvore de ilustres pensadores, com idéias e pensamentos diversos e até mesmo antagônicos. Entretanto, destaca Bobbio<sup>80</sup>, o intento comum, que permite considerar unitariamente todos estes autores, é a construção de uma ética racional, separada definitivamente da teologia e capaz por si mesma de garantir, precisamente porque fundada finalmente numa análise e numa crítica racional dos fundamentos, a universalidade dos princípios da conduta humana.

Nessa época foi muito importante a doutrina de Hugo Grócio (1583-1645) - jurista holandês, humanista, epígono da escolástica, um dos fundadores do novo Jusnaturalismo -que ligou a instância jurídica à instância da razão e excluiu a figura de Deus da ideia do direito natural, difundindo a ideia de que o direito positivo e as Constituições dos Estados se adequarem a esse direito.

Grócio vai deduzir o direito a partir das regras morais inscritas na razão do homem, que é a sua natureza. Realça-se que o direito para Grócio define-se e vale independentemente de

---

<sup>77</sup> BOBBIO, Norberto; BOVENO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo: Brasiliense. Primeira Parte: O modelo jusnaturalista. (1979 [1986]), p. 13. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/terceiros/cursos/09.Bobbio.O\\_modelo\\_jusnaturalista.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/terceiros/cursos/09.Bobbio.O_modelo_jusnaturalista.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2013.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 16-17.

qualquer experiência e realidade empírica 386. Isto é, segundo Grócio o direito “*antecede toda a vontade humana e divina*”<sup>81</sup>.

Para Grócio, o direito é um conjunto de regras<sup>82</sup>. E quanto à fonte última das regras jurídicas é a recta razão, isto é, a lei natural moral<sup>83</sup>. Aqui sublinha-se que a razão não é serva da Revelação, constituindo antes uma fonte autónoma do conhecimento do justo<sup>84</sup>. Neste sentido Grócio dizia que: “assim como Deus não pode evitar que dois e dois sejam quatro, também não pode fazer que o justo deixe de ser justo ou o direito direito”<sup>85</sup>.

Para Grócio, a razão não é o órgão do conhecimento natural de Deus, de um determinado sistema confessional, e sim a faculdade cognoscitiva das verdades fundamentais da vida social. O interesse de Grócio não se concentra na *Lex aeterna* e sim nas proposições concretas do Direito Natural, consoante à quais podem decidir-se as contendas da vida real dentro do Estado e entre os Estados. Miguel Reale lembra que na obra do mestre holandês existe uma passagem onde declara que a “justiça possui fundamento de razão, de maneira tão inamovível, que ela existiria mesmo que, por absurdo, Deus não existisse”<sup>86</sup>. Com esta afirmação Grócio pretendia afirmar que a fonte do direito é a recta razão.

A sociedade, na visão de Grócio, é um fato natural, oriundo do *appetitus societatis*, no entanto, aparece o Direito Positivo como resultado de um acordo ou de uma convenção, sendo este a expressão de um contrato, enquanto o Direito Natural que é uma expressão da Moral, não possui fundamento contratual. De fato, Grócio transformou o direito natural numa ciência laica sendo por isso considerado o fundador do jusracionalismo moderno. Enquanto a tradição medieval fundava o direito natural na natureza das coisas e o inseria num teologismo providencialista, Grócio concebe o direito natural como uma lei natural moral<sup>87</sup>.

Samuel Pufendorf (1632 - 1694) foi outro nome de destaque da Escola de Direito Natural. Pufendorf é considerado continuador de Grócio, mas também autor de obra original sobre o direito natural. Assim como Grócio, ele considera a possibilidade da relação entre o direito e a aritmética: os princípios de direito natural são de evidência perfeita, como axiomas da matemática; por isso, é fundamental estabelecer princípios para a dedução do direito natural. Ao afirmar que estes princípios podem ser retirados tanto da experiência empírica

---

<sup>81</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 163.

<sup>82</sup> VILLEY, Michel. *La Formation de La Pensée Juridique Moderne*. Paris: P.U.F., 2003, pp. 547-548.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 544.

<sup>84</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*, p. 163.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>86</sup> HUGO GRÓCIO: *De Jure Belli ac Pacis, Libri Tres*, Lausana, 1751, *ibid.*, p. 5G5, *apud* REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 644.

<sup>87</sup> VILLEY, Michel. *La Formation de La Pensée Juridique Moderne*, p. 595.

quanto da tradição consagrada, Pufendorf contribui para aprofundar o movimento de secularização do direito.

O objetivo principal de Pufendorf era descobrir os fundamentos do direito. Para ele, no universo múltiplo do direito, havia um princípio único, a lei natural de Deus. Porque divina, esta lei seria imutável, enquanto as outras leis, advindas das organizações jurídicas humanas, variariam de acordo com as condições espaço-temporais.

Para Pufendorf, a lei natural que se impõe ao gênero humano é uma lei de obrigação, que só pode ser imputada a seres morais, dotados de razão. O jurisconsulto compara a natureza humana àquela dos demais animais e ressalta que, por falta de regras, lei e direito, falta-lhes a ordem que, entre os homens, garante a paz: “não há entre eles reputação, estima, honra, ordem, governo, nenhum outro motivo de vantagem na medida em que eles estão fundados na lei do mais forte”<sup>88</sup>. Assim, só o homem pode ser sujeito de direito; o imperativo da lei natural é, portanto, que a obrigação seja mantida pelos homens. Esta obrigação pode ser traduzida na observância do princípio de sociabilidade (da forma conceituada por Grócio) como máxima essencial do mundo humano, ou seja, todos os sistemas humanos de direito e as obrigações daí decorrentes devem estar assentes na idéia de que o homem é um ser social.

Da obrigação da sociabilidade, Pufendorf distingue duas ordens de princípios, os absolutos e os hipotéticos: os primeiros obrigam a todos os homens enquanto membros do gênero humano, independente de suas vontades: são originários de Deus; os segundos dependem das determinações humanas, instituídos, por exemplo, pelos governos de cada nação. Embora dependentes da vontade do homem, estas obrigações são tão importantes quanto às outras; elas serviriam para formar leis que disciplinem a sociedade.

O alemão Christian Thomasius será importantíssimo no início do histórico processo de separação e diferenciação conceitual entre as questões de Direito, relativas a uma ética pública e as questões de moral pessoal, relativas a uma ética privada.

Thomasius é considerado por muitos como o iniciador do Iluminismo na Alemanha e por isso o autêntico reformador intelectual de seu país<sup>89</sup>. Engajado com o seu tempo, sem

---

<sup>88</sup> PUFENDORF, Samuel von. *Le Droit de la Nature et des Gens*. Traduits par Jean Barbeyrac. [S.l.]: Université de Caen, 1987, 2 v. Bibliothèque de Philosophie Politique et Juridique. Reimpressão da edição em Basle: E & J. R Thourneisen, Frères, 1732, p. 144, *apud* LUCENA, André Queiroz de. *Ditames da Reta Razão: Estado de Natureza e Sociabilidade em Pufendorf*. Disponível em: <<http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/andrelucena118-133.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

<sup>89</sup> SEGURA ORTEGA, Manuel. El iusnaturalismo racionalista: Thomasius y Wolf. In: FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; PECES-BARBA, Gregorio (org.). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo II: Siglo XVIII, Vol. I: El Contexto Social y Cultural de los Derechos. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 2001, p. 228.



misérias e sem a mesquinharia do viver fácil daqueles que dizem sim ou fazem vistas grossas diante das misérias de sua época, incomodado com a intromissão por parte do Estado absoluto e da religião em assuntos particulares da vida do indivíduo, através da punição por atos relativos à vida privada de cada um, tratou de teorizar sobre a separação do Direito da Moral, além de criticar a intolerância religiosa e pedir pela humanização do Direito Processual penal<sup>90</sup>.

A contribuição de Thomasius para a histórica separação entre ética pública e ética privada é de fundamental importância. O que realmente elucida sua doutrina de separação entre Moral e Direito é a afirmação de que a obrigação jurídica é essencialmente coativa: como o Direito regula as ações externas e somente o externo pode chegar a ser objeto da coação (questões de ética pública), somente essa obrigação é coativa, sem que a coação possa, em câmbio, alcançar o *forum internum* da consciência, que é onde se produzem os atos regulados pela Moral (questões de ética privada)<sup>91</sup>.

Segundo Antonio Fernández-Galiano, é possível que esta tese de Thomasius tivesse uma finalidade bem prática, no sentido de criar um reduto — o foro da consciência — no qual o homem se encontraria a salvo da ação onipotente do Estado, titular da força coativa, que teria assim limitada sua eficácia ao foro meramente externo. Mas seja assim ou não, o certo é que a afirmação teve conseqüências importantes para o conceito de Direito Natural<sup>92</sup>. Uma vez que a coação externa resulta ter um caráter essencialmente jurídico, o Direito Natural, como conseqüência do afirmado, não é, ou não dever ser, considerado como Direito, senão simples conselho. Neste sentido, Thomasius textual e categoricamente afirma: “(...) *la ley natural y divina pertenece más a los consejos que a los mandatos y la ley humana propiamente dicha no se refiere sino a normas imperativas*”<sup>93</sup>. Se o Direito Natural não é Direito, ficará em simples ideal inspirador do único e autêntico Direito, que é o positivo<sup>94</sup>.

Desta forma, em Thomasius encontramos plenamente situada a fundamental distinção entre Direito e Moral, ao separar o *iustum*, objeto do Direito, tanto do *honestum*, objeto da

---

<sup>90</sup> GARCIA, Marcos Leite. A Histórica Distinção entre Ética Pública e Ética Privada e sua Incidência na Construção do Conceito dos Direitos Fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 8, pp. 328-329, jul./dez. 2006.

<sup>91</sup> FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. El Iusnaturalismo. In: \_\_\_\_\_; CASTRO CID, Benito de. *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*. 3ª ed. Madrid: Universitas, 2001, p. 484.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 484.

<sup>93</sup> THOMASIVS, Christian. *Fundamentos de Derecho Natural y de Gentes*. Tradução espanhola de Salvador Rus Rufino e M. Asunción Sanches Manzano. Madrid: Tecnos, 1994, p. 15. [Título original: *Fundamenta iuris naturae et gentium*].

<sup>94</sup> FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. El Iusnaturalismo. In: \_\_\_\_\_; CASTRO CID, Benito de. *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*. 3ª ed. Madrid: Universitas, 2001, p. 484.

moral individual, como do *decorum*, objeto da moral social. Neste sentido, com um maior grau de maturidade que os iusnaturalistas anteriores, o autor alemão em sua etapa de Halle, formula a distinção entre o objeto da ciência jurídica e o objeto da teologia moral com a citada descrição das ações humanas referentes às respectivas esferas do *iustum* e do *honestum*, e a categorização das chamadas ações medianas, aquelas irrelevantes à consecução seja da paz externa como da paz interna, as que pertencem à órbita do *decorum*. O *honestum* se refere à paz interna (a satisfação da íntima consciência), e o *iustum* à paz externa (a pacífica convivência social). O Direito limita-se ao campo do *iustum*, e consiste no respeito aos demais e a abstenção para que cada um goze de seus próprios direitos. Com isto, desenvolve-se a categoria autônoma da juridicidade, por seu caráter intersubjetivo e seu caráter coativo. É dizer, o Direito se refere e é competente unicamente nas ações exteriores que relacionam os homens entre si e que se podem impor coativamente. Com esta afirmação se produz a autonomia respectiva do Direito e da Moral, e praticamente se favorece – diante das Igrejas intolerantes e também diante do Estado – a liberdade de pensamento e a liberdade religiosa, posto que somente as ações externas podem ser objeto de coação. A filosofia do Direito, nas palavras de Ernest Bloch<sup>95</sup>, com a contribuição de Thomasius perde, assim, completamente sua vinculação com a teologia, uma vinculação que, de uma maneira ou de outra, todavia havia sido mantida por Pufendorf e os demais autores iusnaturalistas anteriores.

### 3.2 Idealismo Alemão de Kant

O idealismo alemão tem a criação em Kant e sua consumação em Hegel. Sob um viés filosófico o idealismo é a doutrina, ou o movimento, que concebe que a idéia é a realidade, isto é, que o real é redutível à idéia. “Nada, em suma, pode ser, sem ser necessariamente percebido ou pensado”<sup>96</sup>.

O idealismo alemão tem seu primeiro momento com o idealismo transcendental de Kant e se desenvolve, passando por outros filósofos, até o idealismo absoluto, atribuído à Hegel.

Kant foi representante do idealismo transcendental e defendia que conhecer não é refletir uma realidade exterior, como pretende o realismo, nem tampouco é conhecer as coisas através das ideias, como pretendia o idealismo anterior. Conhecer é, sim, enquadrar nas

---

<sup>95</sup> BLOCH, Ernest. Christian Thomasius, un Intelectual Alemán Sin Miseria. In: \_\_\_\_\_. *Derecho Natural y Dignidad Humana*. Tradução Espanhola de Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1980, pp. 300-301.

<sup>96</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 119.

formas a priori da sensibilidade ou do entendimento<sup>97</sup>. Isto é, Kant defende que o sujeito é dotado de um conhecimento pré-constituído, que independe da experiência; nesse sentido, Kant explica, na *Crítica da Razão Pura*, que o entendimento a priori antecipa “*a forma de uma experiência possível em geral*”.

Para Kant, é o homem o princípio da explicação, ou seja, é o sujeito cognoscente que se coloca como figura central nas questões acerca do conhecimento. Mas Kant não trata esse sujeito como sujeito individual, singular, mas como sujeito universal, isto é, aquele estruturado pela razão universal e a priori – o que Kant denominou Sujeito Transcendental –, de modo que pretende demonstrar que o sujeito detém uma razão universal que antecede e independe do conhecimento do objeto<sup>98</sup>.

Kant afirmou que, apesar da origem do conhecimento ser a experiência – se alinhando aí com o empirismo<sup>99</sup> –, existem certas condições a priori para que as impressões sensíveis se convertam em conhecimento – fazendo assim uma concessão ao racionalismo. Esta concessão ao racionalismo<sup>100</sup> não devia ser levada ao extremo, pois “todo o conhecimento das coisas proveniente só do puro entendimento ou da razão pura não passa de ilusão; só na experiência há verdade”<sup>101</sup>. Assim, Kant denominou de transcendental o enfoque que procura determinar e analisar as condições *a priori* de qualquer experiência<sup>102</sup>. O idealismo transcendental<sup>103</sup> admite que, antes de captarmos os dados da experiência, já existem em nosso espírito certas formas que condicionam a captação do fenômeno como tal<sup>104</sup>. No idealismo Kantiano, a “coisa em si” jamais se torna racional, porque jamais é apreendida por nosso espírito<sup>105</sup>.

No campo do direito, suas idéias colocaram fim à Escola do Direito Natural e o racionalismo atinge seu apogeu.

---

<sup>97</sup> SOUZA, André Peixoto de. Para Ler Hegel: Aspectos Introdutórios à Fenomenologia do Espírito e à Teoria do Reconhecimento. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Seleto%20Externa/anima4-Andre-Peixoto.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2013.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> Conforme HONDERICH, T. (ed.). *The Oxford Companion to Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 226: “*Concepção que fundamenta nosso conhecimento, ou o material com o qual ele é construído, na experiência através dos cinco sentidos*” (*Ibidem*, p. 226).

<sup>100</sup> Conforme HESSEN, J. *Teoria do Conhecimento*. Coimbra: Arménio Amado, 1987, p. 60: “*posição epistemológica que vê no pensamento, na razão, a fonte principal do conhecimento*”.

<sup>101</sup> PASCAL, G. *O Pensamento de Kant*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 45.

<sup>102</sup> KANT, I. *Crítica da Razão Pura - Os Pensadores - Vol. I*. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 26. Neste sentido: Denomino transcendental todo o conhecimento que em geral se ocupa não tanto com os objetos, mas com nosso modo de conhecimento de objetos na medida em que este deve ser possível a priori. Um sistema de tais conceitos denominar-se-ia filosofia transcendental.

<sup>103</sup> Nesse sentido REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo. Saraiva. 2002, p. 123: “*Transcendental é aquilo que se põe antes da experiência, como condição lógica de sua compreensão muito embora só nos possamos dar conta dessa verdade no decorrer da experiência*”.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 123.

Kant foi o mais célebre representante alemão do Iluminismo, que na Alemanha recebeu o nome de “Aufklärung” (costuma-se traduzir como “Esclarecimento”). Com o Iluminismo o homem, e não mais Deus, emergirá como principal tema de reflexão, ou seja, há um deslocamento fundamental da questão que passará a interessar a filosofia. Tudo passará a gravitar em torno do homem e Kant é, sem dúvida, aquele que mais se debruçou sobre a tarefa de responder a questão: o que é o homem?<sup>106</sup>

Segundo Elton Luiz Leite de Souza, para Kant o homem seria, mais do que mera realidade biológica, fundamentalmente um ser dotado de razão, que cria a cultura, elabora leis e potencializa sua vida através de artefatos e instrumentos, ou seja, o homem é um conjunto de faculdades<sup>107</sup>. Além da razão, as outras faculdades do homem, seriam a percepção, a imaginação, a memória, a inteligência e a vontade<sup>108</sup>. O autor esclarece que para Kant a atividade própria da inteligência é o conhecer, enquanto que a atividade específica da razão é o pensar e essa distinção se torna imprescindível, uma vez que com a inteligência o homem tornou-se o senhor da natureza exterior, material, pensada a partir das leis físicas, portanto, escapa à inteligência questões tais como a liberdade e a justiça, que estariam ligadas à razão<sup>109</sup>. “Segundo Kant, a razão teria como função promover a liberdade e o respeito à Lei Moral”<sup>110</sup>.

Para Kant tanto o Direito quanto a Moral são atividades que dirigem a vontade humana, mas a lei jurídica varia no tempo e espaço e a lei moral está gravada de maneira igual na razão humana, mas a diferença fundamental está no fato de que o Direito, a lei, atua sobre a vontade do homem de maneira externa, com o pressuposto da coação, enquanto a Moral, a conduta moral, tem a ver com o interior do homem<sup>111</sup>. Assim, para Kant há apenas uma Lei Moral fundamental, que é a base moral racional preconizada por Kant: Tal lei é: “Age de tal forma que a máxima da tua ação possa ser erigida, sem contradição, em lei universal”<sup>112</sup>.

Enquanto que no Direito o respeito à lei jurídica dá-se por uma obrigação externa à própria vontade do homem, na Moral o respeito à lei é um fim em si mesmo, ou seja, respeita-se a lei moral por puro *Dever*, por vontade autônoma<sup>113</sup>.

---

<sup>106</sup> SOUZA, Elton Luiz Leite de. *Filosofia do Direito, Ética e Justiça*: Filosofia Contemporânea. Porto Alegre: Núrias Fabris, 2007, p. 121.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>109</sup> *Ibidem*, pp. 122-123.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>111</sup> *Ibidem*, pp. 123-124.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 124.

Portanto, com Kant, o racionalismo atingiu seu apogeu já que define a Moral como o campo da ação racional, isto é, conforme a Lei (imperativo categórico)<sup>114</sup>.

#### 4. Jusnaturalismo Contemporâneo

Após a II Guerra Mundial, a idéia do jusnaturalismo, por se fundamentar em valores morais, parecia uma boa solução para a situação que havia se formado, pois existia uma necessidade de controle do Estado, que culminou na criação da ONU.

Ainda assim, havia uma consciência de que não existiam valores morais universais, de modo que a nova geração jusnaturalista considerava o direito natural como histórico, e não como universal e imutável, ou seja, foram abertas concessões quanto ao conceito de direito natural.

Surgiram diversas críticas a esse “renascimento” do jusnaturalismo, mas a principal levanta a questão de que escapar do modelo positivista implica aumentar muito o poder do juiz, o que leva a dois problemas sérios: A insegurança jurídica e a quebra da tripartição dos poderes, pois o judiciário acabaria tendo o poder de legislar.

Convém mencionar que destacadas teorias do direito natural engendradas contemporaneamente seguem os influxos tomistas, a exemplo das contribuições de John Finnis e Robert George.

O jusnaturalismo de John Finnis pretende identificar alguns bens humanos básicos (vida, conhecimento, jogo, experiência estética, amizade, razoabilidade prática e “religião”)<sup>115</sup>, que seriam indispensáveis para o florescimento humano em todas as épocas e todos os lugares.

A razoabilidade prática, ela mesma um bem humano básico, é a forma de racionalidade prática identificada por Finnis, baseada nas noções anteriores de racionalidade prática em Aristóteles (*phrónesis*) e em Tomás de Aquino (*prudentia*), que permitira o acesso a uma boa vida, mediante a concretização dos bens humanos básicos. Considerando que a missão do legislador é elaborar leis justas, para o bem comum, resulta claro que as leis positivas devem ser elaboradas de acordo com as exigências da racionalidade prática.

---

<sup>114</sup> SOUZA, Elton Luiz Leite de. *Filosofia do Direito, Ética e Justiça*: Filosofia Contemporânea. Porto Alegre: Núrias Fabris, 2007, p. 124.

<sup>115</sup> FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 87 e ss.

A influência do tomismo na doutrina jusnaturalista de John Finnis manifesta-se também, por exemplo, em suas análises sobre a derivação da lei positiva da lei natural<sup>116</sup>, assim como da lei natural como participação da lei eterna<sup>117</sup>.

A seu turno, Robert George compreende o direito natural como um conjunto de três tipos de princípios: princípios básicos práticos, princípios morais intermediários e normas morais específicas<sup>118</sup>.

Os princípios práticos básicos são aqueles que dirigem a escolha e a ação do homem no sentido dos bens humanos básicos. Constituem razões para agir não-instrumentais, na medida em que não tomam como pressuposto outras razões. Cabe aos princípios intermediários especificar o mais básico princípio prático, que dirige a escolha e ação humanas rumo à realização humana integral, através de normas morais como a regra de ouro, ou como o princípio paulino, que proíbe que o mal seja feito como meio para causar boas consequências. A função das normas morais específicas reside em restringir as possibilidades de escolhas, através de imposições ou proibições.

Observa-se que Robert George concebe a derivação do direito positivo a partir do direito natural nos mesmos termos descritos por Santo Tomás de Aquino, ao valer-se dos conceitos de conclusões semelhantes a demonstrações e de *determinationes*, os quais guardam relações com o pensamento aristotélico<sup>119</sup>.

Para as teorias jusnaturalistas, portanto, aponta-se para a relação de subordinação do direito positivo em relação ao direito natural, o que traduz a exigência de que o direito criado pelo homem se submeta a padrões morais superiores, os quais seriam eternos, porque decorrentes da natureza de alguma coisa. Nessa perspectiva, integraria o conceito de direito o elemento da correção moral, compreendido como subordinação dos padrões jurídicos positivos a normas morais superiores naturais.

O significado dessa abordagem justeórica para a compreensão do direito constitucional em face da moralidade política consistiria em fazer derivar dos bens humanos básicos normas morais de escalão intermediário ou até mais específicas, que justificariam imposições ao poder do Estado, às quais se ligam direitos fundamentais das pessoas.

---

<sup>116</sup> FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 274 e ss.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 376 e ss.

<sup>118</sup> GEORGE, Robert P. *In Defense of Natural Law*. New York: Oxford, 2004, p. 102 e ss.

<sup>119</sup> *Ibidem*, pp. 108-109.

### III O JUSPOSITIVISMO E A TESE DA SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

No âmbito dos estudos da Teoria do Direito que busca responder sua indagação central: “o que é o direito”, a corrente denominada positivismo jurídico é recente<sup>120</sup> em relação à sua “antagonista” o jusnaturalismo/moralismo. Porém, o termo positivismo é mais antigo e tem suas raízes nas ciências humanas e na filosófica, no desenvolvimento da tese da objetividade e no estudo da observação empírica<sup>121</sup>.

Os pensadores do positivismo jurídico comungam com o positivismo filosófico somente a rejeição às considerações metafísicas e/ou idealistas para explicar a natureza do direito, não aceitando as demais ideias historicamente designadas como positivistas<sup>122</sup>. Assim, não podemos identificar a corrente jurídica com a corrente das Ciências Humanas, pois esta é muito mais generalista do que aquela, deixando margem para uma interpretação extensiva, na qual poderíamos incluir até mesmo uma abordagem sociológica e moral sobre o conceito de direito, as quais normalmente não são consideradas como positivistas<sup>123</sup>.

O conceito de positivismo jurídico não é monista, como afirmam seus adversários, mas sim, pluralista, envolvendo uma amplitude de teses para explicar o que é o direito e sua relação ou não com outros campos, como a moral, a política e a justiça. Como afirma Schiavello: “*Il fatto è che l'espressione 'positivismo giuridico' non individua un'unica concezione del diritto, ma una pluralità di concezioni tra loro(almeno apparentemente) non sempre compatibili*”<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> Como observa Dimoulis, já na obra de Thomas Hobbes (1588-1679) encontramos as premissas do positivismo jurídico contemporâneo, ao rejeitar a ideia de um direito natural, o fundador da primeira teoria do Estado Moderno, defendendo a primazia e a superioridade qualitativa do direito criado e imposto, por meio de coação, pelos detentores do poder político. Assim, afirma: não é a sapiência, mas sim, a autoridade que cria a lei. Complementa ainda que o direito é o que aqueles que detêm o poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006, p. 69).

<sup>121</sup> Nesse sentido ver: DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006, p. 66; TROPER, Michel. “Positivismo”. In: ARNAUD, André-Jean (org.). *Dicionário Enciclopédico Deteoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 609.

<sup>122</sup> Neste sentido ver: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça na Obra de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 18-21.

<sup>123</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*, pp. 66-67.

<sup>124</sup> SCHIAVELLO, Aldo. *Il Positivismo Giuridico Dopo Herbert L. A. Hart*. Un'introduzione Critica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 1.

O positivismo jurídico engloba, assim, não somente a tese da separação (*separability thesis*) entre o direito e os outros campos normativos, tendo como principal representante o jurista austríaco Hans Kelsen, com sua obra *Teoria Pura do Direito* (1ª edição de 1934), mas também a tese social (*social thesis*) proposta por Herbert L. A. Hart em *O Conceito do Direito* (1961), a tese das fontes (*source thesis*) exposta por Joseph Raz e, até mesmo, o realismo escandinavo, que tem como principal expoente Alf Ross, assim como o realismo norte-americano<sup>125</sup>.

Entretanto, podemos traçar uma linha central dentro dessa diversidade do pensamento positivista *lato sensu*: o direito é uma criação do homem<sup>126</sup>, definindo-se com base em elementos empíricos e, necessariamente, mutáveis no tempo. Assim sendo, é descartada toda a fundamentação metafísica das teorias jusnaturalísticas<sup>127</sup>, fundada na imutabilidade dos elementos que compõem o direito, como, por exemplos: os mandamentos divinos ou os imperativos da razão humana. Rejeita-se, desse modo, toda e qualquer afirmação de que o direito não seja fruto da conduta humana, ou melhor, da vontade do legislador, isto é, do poder político.

Num sentido amplo, podemos afirmar que o positivismo jurídico oferece uma definição *monista* do direito, por não aceitar a existência de um outro direito que não seja o direito legislado, distanciando-se, assim, do *dualismo* jurídico, que aceita um paralelismo jurídico, por exemplo, entre o direito natural e o direito positivo<sup>128</sup>.

Inspirado nas idéias do positivismo filosófico de Auguste Comte, o Positivismo Jurídico é a corrente do Direito que reduz o direito a norma jurídica, ou seja, que acredita que não há direito além do texto normativo e que aquilo que nele está escrito é justo, pois a justiça para o Positivismo Jurídico consiste no preenchimento do Dever Ser. Assim, toda vez que a conduta humana (Ser) está de acordo com a prescrição legal (Dever Ser), esta conduta é boa e é justa,

---

<sup>125</sup> CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione alla Filosofia del Diritto*. Roma: Laterza, 2004, pp. 46-47.

<sup>126</sup> Nesse sentido temos: “O direito é uma criação humana” (COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 143); “o direito é posto, criado por seres humanos”, RAZ, *The authority of law*, p. 38; “O direito ‘decorre de fontes humanas’” AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 124; “somente o direito posto por seres humanos é direito positivo” KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 465. Autores e obras citados por (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006, pp. 78-79).

<sup>127</sup> Andityas Matos, analisando o positivismo *lato sensu*, assim se expressa: “Na linha de Bobbio, García Maynez sustenta que encontrar um elemento comum às várias doutrinas positivistas é mais importante do que buscar uma definição unitária para o movimento. Tal elemento comum, tido por essencial a qualquer doutrina jurídica que se queira positivista, é a negação do direito natural” (MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça na Obra de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 24).

<sup>128</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: RT, 2003, pp. 133-138.



entretanto, quando esta conduta está em desacordo com a prescrição legal, ou seja, quando ela contraria a lei, ela é uma conduta má e injusta<sup>129</sup>.

Nesse sentido, conforme explica Hans Kelsen:

*“o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é boa traduz que ela corresponde a uma norma objetivamente válida, e o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é má traduz que tal conduta contraria uma norma objetivamente válida, o valor “bom” e o desvalor “mal” valem em relação às pessoas cuja conduta assim é apreciada ou julgada, e até em relação a todas as pessoas cuja conduta é determinada como devida (devendo ser) pela norma objetivamente válida, independente do fato de elas desejarem ou quererem essa conduta ou a conduta oposta”*<sup>130</sup>.

Norberto Bobbio, em Teoria Geral do Direito, conceitua o Direito Positivo como “*a doutrina que reduz a justiça a validade*” afirmando que para esta corrente do Direito “só é justo o que é comandado, e pelo fato de ser comandado”<sup>131</sup>.

Ainda em sua Teoria Geral do Direito, Bobbio discorre sobre o Positivismo Jurídico de Thomas Hobbes e afirma que segundo o Contratualista “não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva, vale dizer, fora do comando do soberano”. Afirma ainda que, para Hobbes, “não existe justo por natureza, mas apenas um justo por convenção” e que “a justiça e a injustiça nascem juntamente com o direito positivo” e diz ainda que “onde há justiça significa que há um sistema constituído de direito positivo”<sup>132</sup>.

“As leis são as regras do justo e do injusto, não havendo nada que seja reputado injusto sem ser contrário a alguma lei. Ninguém pode fazer as leis, a não ser o Estado, pois estamos sujeitos unicamente ao Estado; e as ordens devem estar expressas por sinais suficientes, pois, de outro modo, ninguém saberia como obedecer a elas”<sup>133</sup>.

Já em O Positivismo Jurídico, Bobbio afirma que o Direito Positivo esteve presente em diversos períodos da história das sociedades, como se apresenta a seguir.

Segundo o renomado autor, o Direito Positivo já se encontrava no pensamento clássico e foi motivo de muita discussão, principalmente na Grécia e em Roma. Para sustentar essa colocação, Bobbio cita um trecho da obra de Aristóteles “*Ética a Nicômaco*”, onde o filósofo grego diz que uma parte da justiça é fundada na lei, o chamado direito legal (*nomikón díkaion*) que corresponde ao Direito Positivo. Para Aristóteles, conforme explica Bobbio, o Direito Positivo caracterizava-se por ter eficácia somente nas comunidades políticas em que

---

<sup>129</sup> LOPES, W. F.; DOS SANTOS, Eduardo. R. *Métodos Paradigmáticos de Interpretação do Direito: Uma Investigação Histórica*. In: I CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. Belo Horizonte: AMPD, 2010.

<sup>130</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 22.

<sup>131</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 38-39.

<sup>132</sup> *Ibidem*, pp. 39-41.

<sup>133</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 188.

era posto, e também, por ser de cumprimento obrigatório, ou seja, aquelas atividades reguladas por ele deviam ser desempenhas de acordo com o que prescrevia a lei<sup>134</sup>.

Já na Roma Antiga, o Direito Positivo, lá chamado de *jus civile*, referia-se as estatuições do *populus*, ou seja, do povo, dos cidadãos e caracterizava-se por ser limitado e posto por um determinado povo, não necessariamente o mesmo, já que Roma dominava outros povos, além disso, para os romanos, o Direito Positivo era sujeito à mudanças, ab-rogações e derrogações, pois estabelecia aquilo que era útil, podendo uma lei ser útil hoje e não mais amanhã<sup>135</sup>.

Em relação ao pensamento medieval, Bobbio afirma que o Direito Positivo fora discutido por diversos escritores medievais, tais como teólogos, filósofos e canonistas. Nesse sentido, Abelardo, citado por Bobbio, afirma que a característica fundamental do Direito Positivo é a de ser posto pelos homens, o que ele chama de *Lex humana*<sup>136</sup>.

Algumas escolas européias do pensamento jurídico podem ser citadas como precursoras do positivismo jurídico: a *École de L'exégese* francesa, a Escola Histórica do Direito na Alemanha, além de autores ingleses como Bentham e Austin.

Dentre as escolas positivistas dos últimos séculos, a de mais destaque é a Escola de Exegese, escola doutrinária do século XIX, seguida, principalmente, na França por diversos autores de renome, tais como: Melville, Blondeau, Bugnet, Delvincourt, Huc e outros<sup>137</sup>. A cerca da doutrina da Escola de Exegese pode-se afirmar que identifica a totalidade do direito com a lei escrita, assim a função do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido, mediante a lógica dedutiva, ou seja, era uma doutrina ultra-legalista<sup>138</sup>.

É no contexto que se seguiu à Revolução Francesa que vai surgir a escola da exegese, em que "... a interpretação da lei passou a ser objeto de estudos sistemáticos de notável finura, correspondentes a uma atitude analítica perante os textos segundo certos princípios e diretrizes..."<sup>139</sup>. Segundo Miguel Reale:

---

<sup>134</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 16.

<sup>135</sup> *Ibidem*, pp. 18-19.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>137</sup> LOPES, W. F.; SANTOS, Eduardo. R. dos. *Métodos Paradigmáticos de Interpretação do Direito*: Uma Investigação Histórica. In: I CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. Belo Horizonte: AMPD, 2010.

<sup>138</sup> Conforme DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 2, p. 400. Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, afirma tratar-se de uma doutrina: "... que identificava a totalidade do direito positivo com a lei escrita, entendendo que a função específica do jurista e do julgador era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido, aplicando-o, mecanicamente, mediante a lógica dedutiva. Essa doutrina ultralegalista proclamou que a lei deve ser a única fonte das decisões jurídicas; logo, toda solução jurídica não podia ser mais do que a conclusão de um silogismo, em que a premissa maior é a lei e a menor, o enunciado de um fato concreto".

<sup>139</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 278.

“...o nome ‘Escola da Exegese’ entende-se aquele grande movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social. Tudo está em saber interpretar o Direito. Dizia, por exemplo, Demolombe que a lei era tudo, de tal modo que a função do jurista não consistia senão em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, para apreender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes sistematizações”<sup>140</sup>.

Após a Revolução Francesa, a França ansiava por um Direito Nacional, o que ocorreu com o nascimento do Código Civil francês sob ênfase do racionalismo. Logo, surgiu a Escola da Exegese, que tinha como escopo interpretar o Código Civil francês também de uma maneira nacional.

A Escola da Exegese consistia na reunião de vários juristas franceses que orientaram o processo de criação e de aplicação do Código de Napoleão, especialmente no que se refere à exegese do texto legal. O Código Civil napoleônico buscava unificar e positivar o Direito como ferramenta de controle social e político.

Se a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 já dava importantes indícios de que as práticas sociais do *Ancien Régime* enfim chegaram ao ocaso, a grande consagração dos princípios do liberalismo se deu mesmo com o Código Civil Francês de 1804, que a partir da segunda edição (1807) passou a ser denominado *Code Napoléon*, em cujo início estava estampada a célebre sentença: “Existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas; é a razão natural que governa a todos os homens”<sup>141</sup>.

O Codicismo surgiu como fruto do Iluminismo, atualmente é comum pensar o Direito codificado, porém a codificação não se estende a todo o mundo, como nos países anglo-saxões, onde se aplica o “*common law*”, por exemplo. Os dois códigos mais importantes para evolução da codificação foram o Código de Justiano e o Código de Napoleão.

Norberto Bobbio diferencia essas duas codificações, afirmando que apenas o de Napoleão é um Código propriamente dito, ou seja, “um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas”<sup>142</sup>. Segundo Bobbio, o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano é uma compilação de leis prévias e não exatamente um código.

Segundo a Escola da Exegese, deveria haver uma interpretação nacional e racional do Direito, sendo exegeta aquele que esclarece algo considerado difícil e obscuro. No sentido normativo, é aquele que esclarece a real acepção da norma.

---

<sup>140</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 278.

<sup>141</sup> “Il existe un droit universel et invariable, source de toutes les lois positives; il n’est que la raison naturelle en tant qu’elle gouverne tous les hommes” (ROSS, Alf Niels Christian. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 287). Ver também ZANONNI, Eduardo A. *Crisis de la Razón Jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1980, pp. 27-28.

<sup>142</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 64.

O Código Civil eliminou aspectos religiosos e morais, que antes havia no *Corpus Iuris Civilis*. Segundo Maria Helena Diniz, “O racionalismo buscava a simetria, construção lógica perfeita, o que o levou à utopia. Foi essa mesma simetria que conduziu os franceses à idolatria do Código de Napoleão”<sup>143</sup>.

O modo de interpretação da Escola da Exegese era reduzido e superficial. A idéia desse corpo de normas era suprimir o máximo possível a obscuridade e a ambiguidade. O juiz não cabia nenhuma outra função que não fosse aplicar a lei pautado na suposta neutralidade e objetividade, a vontade do intérprete e do legislador era a mesma. Direito e Lei, nessa abordagem teórica, eram considerados sinônimos para a Escola da Exegese. A atitude metodológica do intérprete e aplicador do direito se limitava ao estabelecimento dos fatos e à sua subsunção sob os termos da lei, no caso a lei escrita a que o direito se viu reduzido<sup>144</sup>.

Antônio Manuel Hespanha descreve que com Escola da Exegese restava a doutrina apenas uma interpretação submissa da lei; quanto às lacunas, o jurista deveria tentar modelar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se a tivesse previsto, ou seja, existia uma supremacia estrita da lei sobre a doutrina e a jurisprudência<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51.

<sup>144</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*. 3ª ed. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003, pp. 267-268. Neste sentido: “Os códigos napoleônicos constituíam, por um lado, a consumação de um movimento doutrinário que, partindo da doutrina tradicional francesa, fora enriquecido com as contribuições do jusracionalismo setentista. Neste sentido, apareciam como uma espécie de posituação da razão. Por outro lado, tinham sido o resultado de um processo legislativo conduzido pelos órgãos representativos na Nação francesa. Constituía, neste sentido, a concretização legislativa da *volonté générale*. Uma coisa e outra contribuía para lhes dar o ar de monumentos legislativos definitivos, cientificamente fundados e democraticamente legitimados. Perante eles, não podiam valer quaisquer outras fontes de direito. Não o direito doutrinário, racional, suprapositivo, porque ele tinha sido incorporado nos códigos, pelo menos na medida em que isso tinha sido aceite pela vontade popular. Não o direito tradicional, porque a Revolução tinha cortado com o passado e instituído uma ordem política e jurídica nova. Não o direito jurisprudencial, porque aos juízes não competia o poder de estabelecer o direito (poder legislativo, mas apenas de o ampliar (poder judicial). A lei — nomeadamente, esta lei compendiada e sistematizada em códigos — adquiria, assim, o monopólio da manifestação do direito. A isto se chamou legalismo ou positivismo legal (*Gezetzpositivismus*)”.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 268. Neste sentido: “Perante isto, à doutrina apenas restava um papel ancilar — o de proceder a uma interpretação submissa da lei, atendo-se o mais possível à vontade do legislador histórico, reconstituída por meio dos trabalhos preparatórios, dos preâmbulos legislativos, etc.. Quanto à integração das lacunas, a prudência devia ser ainda maior, devendo o jurista tentar modelar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se o tivesse previsto.

Esta supremacia estrita da lei sobre a doutrina e a jurisprudência já fora proposta por Montesquieu, ...(*Espirit des lois*, XI, 6). Mas, com o advento da Revolução, da legitimidade política que ela trouxera à lei e da desconfiança que lhe é característica quanto ao corpo dos magistrados e dos juristas, a idéia do primado da lei ganha tanta força que chega a levar à pura e simples proibição da interpretação, obrigando os tribunais a recorrerem ao legislativo ‘sempre que entendessem necessário interpretar uma lei’ (*référé législatif*, lei francesa de 16-24 de agosto de 1790). São estes os pontos de vista largamente predominantes na doutrina francesa dos inícios do século XIX. Os grandes juristas limitam-se a fazer uma exposição e interpretação (exegese) dos novos códigos. É a Escola da Exegese, cujos principais representantes (Duranton, Demolombe, Troplong) foram autores de grandes comentários ao *Code civil*”.

Assim, a doutrina da Escola de Exegese possui diversas características, dentre as quais, destacam-se o fato de focar-se exclusivamente na lei; possuir uma concepção estritamente estatal do direito; e interpretar a lei baseando-se na intenção do legislador<sup>146</sup>.

O declínio da Escola da Exegese ocorreu pela ineficiência de seu processo interpretativo, a letra da lei, apenas, não era mais suficiente. Havia a necessidade de se recorrer a outras fontes e “conhecer não só a letra da lei, mas também o seu espírito”<sup>147</sup>. A escola da Exegese foi criticada por vários autores, entre eles: François Gény, Rudolf von Ihering, Eugen Ehrlich, etc. Em geral, as críticas se fundamentavam em torno do fetichismo da lei e da forma literal como se interpretava o Direito. A deficiência na dinamicidade da Escola da Exegese vinha não só da interpretação, mas também da forma como era considerado o sistema: fechado e estrito ao Código Civil. Por essas razões, o sistema era engessado e estático.

Diante dessas deficiências da Escola da Exegese, aliadas ao fato de que naquelas nações em que o Estado Nacional ainda não tinha sido estabelecido - tais como Alemanha e Itália - a sua implementação era impossível<sup>148</sup>, brota uma forte reação antilegalista contra o movimento de codificação, cujos resultados levarão ao surgimento de novas escolas que acabarão por assumir a tarefa de complementar o edifício positivista dos representantes da escola francesa.

As grandes transformações que se deram no decorrer do século XIX, sobretudo nas relações entre capital e trabalho, levaram a um desajuste entre a lei que havia sido codificada no início daquele século e a vida. Nesse contexto:

As pretensões de 'plenitude legal' da Escola de Exegese pareceram pretensiosas. A todo instante apareciam problemas de que os legisladores do Código Civil não haviam cogitado. Por mais que os intérpretes forcejassem em extrair dos textos uma solução para a vida, a vida sempre deixava um resto. Foi preciso, então, excogitar outras formas de adequação da lei à existência concreta<sup>149</sup>.

Na Alemanha, é uma sensibilidade cultural e político-jurídica deste tipo que está na origem da Escola Histórica Alemã, que domina o panorama do saber jurídico alemão durante

---

<sup>146</sup> LOPES, W. F.; SANTOS, Eduardo. R. dos. *Métodos Paradigmáticos de Interpretação do Direito: Uma Investigação Histórica*. In: I CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. Belo Horizonte: AMPD, 2010.

<sup>147</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 121.

<sup>148</sup> Nesse sentido: “... um dos pressupostos políticos do positivismo legalista era a existência de um Estado-Nação que os cidadãos reconhecessem como portador dos valores jurídicos da comunidade” (HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*. 3ª ed. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003, p. 270).

<sup>149</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 281.

a primeira metade do século XIX e que, no seu desenvolvimento pandectista, o influencia até aos inícios do século XX<sup>150</sup>.

Nasce assim a denominada Escola Histórica e seu método, que busca na consciência jurídica popular a única verdade do direito positivo. Friedrich Carl von Savigny foi um dos grandes teóricos dessa corrente, o qual sustentava que o direito positivo emana do espírito geral que anima a todos os membros de uma nação, em que cada direito é a síntese de forças, crenças, sentimentos e atividades do seu povo: sua unidade não é produto casual, pois responde à sua própria história<sup>151</sup>.

A tese básica dessa nova corrente, que segundo Alf Ross é caracterizada por uma filosofia da história romântico-conservadora: "...constitui em afirmar que o direito não é criado conscientemente por deliberações racionais, desenvolvendo-se, sim, de forma cega e orgânica como uma expressão do espírito do povo e da consciência jurídica popular. O costume, e não as leis, é, portanto, a fonte suprema do direito"<sup>152</sup>.

Daí decorrem as propostas da Escola Histórica:

*"... a repulsa à codificação, dada a consciência empírica de que codificar era, inevitavelmente, naufragar nas águas do racionalismo do Código de Napoleão; negação do direito natural, para evitar a submissão ao jusnaturalismo racionalista e sua pretendida universalidade e imutabilidade; exaltação do direito consuetudinário, a despeito do ideal positivista que aspirava plasmar na lei a razão escrita"*<sup>153</sup>.

Como resultado dessa postura, Antônio Manuel Hespanha aponta quatro consequências sob o ponto de vista da teoria do direito: a primeira é a do antilegalismo e, sobretudo, a da reação contra o movimento de codificação; a segunda é a da valorização dos elementos consuetudinário e doutrinal do direito; a terceira é a da revalorização da história do direito e do seu papel dogmático, como reveladora, não de um passado morto e separado do presente

---

<sup>150</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*. 3ª ed. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003, pp. 271-272.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 272. Neste sentido: "O programa da Escola Histórica era, justamente, o de buscar as fontes não estaduais e não legislativas do direito. A sua pré-compreensão da sociedade - subsidiária da filosofia da cultura organicista e evolucionária de Herder e do ambiente cultural e político do romantismo alemão - levava-a a conceber a sociedade como um todo orgânico, sujeito a uma evolução histórica semelhante à dos seres vivos, em que no presente se lêem os traços do passado e em que este condiciona naturalmente o que vem depois. Em toda esta evolução, peculiar a cada povo, manifestar-se-ia uma lógica própria, um espírito silenciosamente atuante, o "espírito do povo" (Volksgeist), que estaria na origem e, ao mesmo tempo, daria unidade e sentido a todas as manifestações histórico-culturais de uma nação.

O espírito do povo revelar-se-ia nas produções da sua cultura. Na sua língua, desde logo. Também na poesia popular, nas tradições folclóricas, no direito histórico, nas produções de seus intelectuais, nas suas tradições literárias. Seriam justamente estas manifestações da 'alta cultura' aquelas que, um pouco paradoxalmente, melhor revelavam a alma nacional. Pois eram aquelas em que, justamente pela qualidade intelectual dos seus autores, se conseguia atingir, com uma maior profundidade, sistematicidade e plenitude, o espírito de uma nação. Na sua "inocência", o povo exprimir-se-ia numa "multiplicidade" de registros, que só as elites culturais conseguiam reduzir a um "sistema científico".

<sup>152</sup> ROSS, A. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 291.

<sup>153</sup> ZANONNI, E. A. *Crisis de la Razón Jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 62.

(antiquarismo), mas de um passado que, pela tradição, fecundava o presente; a quarta consequência é a da sistematicidade e organicidade da jurisprudência<sup>154</sup>.

Buscava-se, portanto, construir um sistema da razão que se realiza na história, a partir do que Ihering (que militara na escola histórica de Savigny antes de alterar seu posicionamento<sup>155</sup>) vai fundar a "...escola conhecida como a da jurisprudência de conceitos que reduz o direito a categorias racionais"<sup>156</sup>, a qual, à diferença do positivismo racionalista exegético (submissão à lei escrita), constrói um sistema conceitual (racional) a partir do direito positivo<sup>157</sup>. Para ambos o direito positivo é um *prius*, mas enquanto o positivismo explica a lei, o conceitualismo constrói os conceitos jurídicos pretensamente universais a partir dela<sup>158</sup>. Para o conceitualismo a ciência jurídica é dogmática, sendo que dogmática jurídica "...é lógica e tem por objetivo integrar o material positivo a partir do qual opera - o direito positivo - em conceitos jurídicos..."<sup>159</sup> para depois fixar os princípios gerais (dogmas) que formam as linhas dominantes do conjunto<sup>160</sup>.

Portanto, o conceitualismo pretende formular os conceitos jurídicos universais: a propriedade, o contrato, o vínculo obrigacional, o direito real; que são noções que se obtêm mediante uma reflexão lógica, e por abstração, que vão separando os elementos particulares dos gerais. Nessa perspectiva, resulta que os conceitos jurídicos não estão divorciados da

---

<sup>154</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*. 3ª ed. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003, pp. 272-274.

<sup>155</sup> "Rudolf v. Jhering..., convicto conceitualista na primeira fase de sua obra, exprime essa concepção do sistema conceitual do direito como um ser vivo, orgânico e produtivo, bem como refere, também expressamente, essa aproximação entre a tarefa da jurisprudência 'construtiva' (ou superior) e o método 'histórico-natural' das ciências da vida..." (HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*, p. 277).

<sup>156</sup> ZANONNI, E. A. *Crisis de la Razón Jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 64.

<sup>157</sup> "Como antes se disse, uma das componentes do historicismo é a construção sistemática do direito. Esta componente foi particularmente desenvolvida por um dos ramos da Escola Histórica Alemã, a pandectística ou jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*). De alguma forma, a sistematicidade do direito decorre do fato de ele ser uma emanção de um todo orgânico, o espírito do povo. As instituições jurídicas teriam uma 'alma' (a 'alma do povo', *Volkseele*), sentidos ou princípios orientadores que lhes dariam unidade. Princípios esses que, induzidos a partir da observação (descrição) das normas jurídicas concretas, permitiriam que a exposição dos institutos – e, no fim, de todo o direito nacional – fosse feita de forma orgânica e sistemática, organizada por princípios gerais. Destes princípios extrairiam depois, agora por dedução, outros princípios inferiores – a tal 'pirâmide conceitual' de que fala Puchta – bem como soluções para casos concretos" (HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*, pp. 276-277).

<sup>158</sup> ZANONNI, E. A. *Crisis de la Razón Jurídica*, p. 65.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>160</sup> "...este conceitualismo jurídico não se pode explicar sem referência a um novo ideal de ciência, oriunda do formalismo kantiano, que destaca a função estruturante das categorias e dos princípios gerais no conhecimento científico. O que garantia, daqui em diante, a verdade científica, não seria mais a adequação do pensamento a uma realidade externa (*adaequatio intellectus rei*), mas a coerência interna das categorias do sistema de saber. E o decisivo num saber seria justamente este quadro categorial e não a apreensão atomística e inorgânica da realidade empírica" (HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*, p. 278).

realidade, vez que na verdade “... a realidade constitui uma realização da razão: todo o real é racional e todo o racional é real, como propunha Hegel”<sup>161</sup>.

“A escola da exegese e o conceitualismo, que surgiram, respectivamente, em momentos sucessivos e que tiveram lugar em praticamente todo o século XIX, constituem autênticas etapas de consolidação do positivismo jurídico”<sup>162</sup>.

Antônio Manuel Hespanha traça uma característica comum às formas de positivismo jurídico analisadas acima, legalista e histórico: a recusa de subjetivismo e de moralismo:

*“Para uns, positiva era apenas a lei, pelo que o saber jurídico tinha que incidir unicamente sobre ela, explicando-a e integrando-a (positivismo legalista).*

*Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo que se objetivava nas formas quotidianas observáveis de viver o direito (positivismo histórico)...*

*Finalmente, para outros, positivos eram os conceitos jurídicos, genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva, obedecendo ao novo modelo de ciência como discurso de categorias teóricas, estabelecido pelo kantismo (positivismo conceitual). O saber jurídico escaparia, assim, quer ao império da lei positiva, mutável e arbitrária, quer ao subjetivismo do doutrinarismo jus-teológico ou jusracionalista. Com isto, ganhava uma firmeza e universalidade que eram características das outras ciências. Ao mesmo tempo, instituía-se como um saber acumulativo, i.e., que ia acumulando certezas e progredindo sucessivamente - como as outras ciências - para formas mais perfeitas e completas de conhecimento. Ou seja, a ciência jurídica partilhava com as restantes a crença otimista no universalismo e no progressismo dos seus resultados.*

*Todas estas formas de positivismo têm em comum a recusa de quaisquer formas de subjetivismo ou de moralismo. O saber jurídico (agora, a ciência jurídica) deve cultivar métodos objetivos e verificáveis, do gênero dos cultivados pela ciência “dura”, dela devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais). Estes juízos de valor em matéria jurídica teriam, decerto, o seu lugar. Mas esse não era o da ciência jurídica, mas sim o da filosofia do direito ou da política do direito”<sup>163</sup>.*

Vale ressaltar, também, a importante contribuição do professor Herbert Hart para a doutrina do Direito Positivo, mormente para seu desenvolvimento no sistema *common Law*. Hart elaborou uma teoria positivista “moderada”, ou nas palavras do autor “*soft positivism*”, que atribui ao magistrado certa discricionariedade para desviar-se do texto legal e decidir com

<sup>161</sup> Cf. ZANONNI, E. A. *Crisis de la Razón Jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1980, pp. 65-66.

<sup>162</sup> “O positivismo, na primeira etapa, recebeu do jusnaturalismo racionalista, radicalmente empirista, seu conteúdo filosófico. Politicamente implicou a institucionalização de uma nova ordem social que conjugou seus princípios e que pretendeu enquadrá-los, de uma vez por todas, na lei escrita. Daí a submissão à lei escrita que positivou os conteúdos racionais dessa nova ordem. O conceitualismo - a *Begriffjurisprudenz*, ou jurisprudência dos conceitos - é a segunda etapa construtiva e supõe a superação do racionalismo empirista. Não deprecia a lei, mas aspirou construir a autêntica superestrutura ideológico-jurídica do direito moderno. Essa superestrutura condiciona a interpretação da lei e faz do jurista um dogmático, que, conseqüentemente, apreende categorias obtidas mediante a simplificação qualitativa da construção jurídica” (ZANNONI, E. A. *Crisis de la Razón Jurídica*, pp. 67-68). Entendimento diverso é defendido por Alf Ross, para quem essa complementaridade entre escola da exegese e conceitualismo não passa de jusnaturalismo disfarçado, já que, segundo ele, “...a ideia de que o direito natural se converteu em coisa do passado é errônea, a menos que restrinjamos esse conceito às teorias racionalistas dos séculos XVII e XVIII. Se incluirmos sob o rótulo de direito natural, como aqui fizemos, todas as teorias jurídicas metafísicas que são também político-jurídicas, quer dizer, que suprem um critério para a retidão ou justiça do direito, então o direito natural, ainda que com outro nome, sobreviveu e prosperou ao longo do século XIX; dever-se-ia chamá-lo, realmente, de direito natural disfarçado” (ROSS, Alf Niels Christian. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 292).

<sup>163</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*. 3ª ed. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003, pp. 265-266.



base em princípios morais, entretanto, estes princípios devem, anteriormente, ser incorporados ao ordenamento jurídico<sup>164</sup>. Nada obstante, Ronald Dworkin afirma que o positivismo desenvolvido por Hart, não se difere essencialmente do positivismo tradicional e, muito menos, consegue superar seus problemas<sup>165</sup>.

Luís Roberto Barroso observa que, apesar de algumas variações, o Positivismo Jurídico teve seu ápice no normativismo de Hans Kelsen. Barroso assinala, de modo simplificado, algumas das características principais do Positivismo Jurídico, sendo elas:

*“(i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir de elementos do próprio sistema; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão”*<sup>166</sup>.

Barroso critica incisivamente o Positivismo Jurídico por diversos motivos, dentre eles, por acreditar que os ideais positivistas de objetividade e neutralidade são impossíveis de se materializarem, ou seja, de se tornarem efetivos e reais. Mais do que isso, Barroso lembra que foi justamente o Positivismo jurídico que legitimou os regimes ditatoriais mais cruéis do último século, dentre eles a ditadura fascista italiana e a nazista alemã. Segundo o renomado Constitucionalista, esses regimes promoveram e propagaram a barbárie e a crueldade em nome da lei. Afirma ainda que, “até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas leis raciais, regularmente editadas e publicadas”<sup>167</sup>. Por fim, conclui afirmando que, sem excluir os movimentos filosófico-jurídicos que dele divergiam, “a decadência do positivismo jurídico é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha”<sup>168</sup>.

Crítica semelhante faz Haradja Torrens. A jurista afirma que o paradigma positivista enfrenta sua crise em detrimento de não encontrar soluções para determinados problemas jurídicos de alta relevância, principalmente em relação aos julgamentos das crueldades realizadas pelo Estado Alemão que foram levadas ao Tribunal de Nuremberg logo após o fim da Segunda Guerra. A autora critica também, a incapacidade do legislador acompanhar de

---

<sup>164</sup> HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>165</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>166</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e A Construção do Novo Modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 264.

<sup>168</sup> *Ibidem*, pp. 264.

forma célere e eficiente a velocidade da evolução técnico-científica nas ultimas décadas, principalmente nas sociedades “pós-industriais”, ou “pós-modernas”<sup>169</sup>.

Apesar das árduas críticas ao modelo positivista, é consenso que, por causa do positivismo, o Direito avançou muito enquanto Ciência e, justamente, a partir da moldura de Hans Kelsen é que se pôde pensar nas complexas noções de sistema jurídico e entender que neste mundo existe uma linguagem que não pode ser desprezada pelo intérprete ou operador do Direito<sup>170</sup>.

Nessa linha de raciocínio, Norberto Bobbio dedicou uma obra inteira somente para reexaminar a obra de Kelsen à luz das críticas que lhe eram e são feitas. Bobbio comunga da ideia de que Kelsen foi um dos mais significantes contribuidores do direito, em muitas de suas áreas, tais como, Teoria do Direito, Direito Constitucional e Direito Internacional e, por isso, não pode ser ignorado ou “crucificado”, como se sua obra se resumisse apenas à sua Teoria Pura e, pior, como se sua Teoria Pura fosse a fonte dos problemas da humanidade, ou a legitimadora das leis nazistas, o que não é uma verdade<sup>171</sup>.

Dentre os pensadores modernos, Glück, citado por Bobbio, afirma que “chama-se direito positivo, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas”<sup>172</sup>.

Como quer que seja, o positivismo marcou o início da era científico-racional do pensamento jurídico deixando, assim, para trás a idéia do direito natural, que não mais se mostrava plausível aos olhos do homem moderno, esclarecido e emancipado.

Considerando que existem várias vertentes juspositivistas acerca de como se opera essa separação, pode-se perguntar se existe alguma tese geral que caracterize uma doutrina jurídica como positivista? De acordo com Nino, aquilo que caracteriza essencialmente o positivismo jurídico é “a tese de que o conceito de Direito não deve caracterizar-se segundo propriedades valorativas, mas sim levando em consideração apenas propriedades descritivas”<sup>173</sup>. Acrescenta que, segundo essa tese, “as proposições acerca do que o Direito dispõe não implicam juízos de valor e são verificáveis em relação a certos fatos observáveis

---

<sup>169</sup> TORRENS, Haradja Leite. Neo-positivismo e Pós-positivismo Jurídico nas Doutrinas de Herbert Hart e Ronald Dworkin. In: \_\_\_\_\_. *A Expansão do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 147-158.

<sup>170</sup> LOPES, W. F.; DOS SANTOS, Eduardo. R. *Métodos Paradigmáticos de Interpretação do Direito: Uma investigação Histórica*. In: I CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. Belo Horizonte: AMPD, 2010.

<sup>171</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: UNESP, 2008.

<sup>172</sup> *Idem*. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 2006, p. 21.

<sup>173</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 37.

empiricamente”<sup>174</sup>. Nesse mesmo sentido, Samuel Schuman afirma que o positivismo jurídico “é tanto a aceitação da tese de que Direito e moral estão separados quanto a aceitação de determinada teoria sobre a natureza da moral referida ao não-cognitivismo”<sup>175</sup>.

Na atualidade, rotular alguém como positivista é tão revelador de suas concepções teóricas quanto é esclarecedor sobre as convicções religiosas de um indivíduo sabê-lo temente a Deus. Conforme aponta Noel Struchiner: “A expressão ‘*positivismo jurídico*’ é intoleravelmente ambígua. A extensão de significado dessa expressão comporta uma pluralidade de teses heterogêneas e muitas vezes, incompatíveis”<sup>176</sup>.

A seguir, para explicar a relação entre o direito e a moral nesta teoria, analisaremos quase que dois extremos teóricos, os filósofos Emmanuel Kant e Hans Kelsen – rejeitando a moral universal e absoluta kantiana, Kelsen propõe o relativismo ético – e por fim analisarmos o pensamento de Hart.

## 1. As Relações entre Direito e Moral no Pensamento de Kant e Kelsen

A mais difundida tese positivista consiste na tese da separação, que prega uma visão separatista entre o direito e a moral, rejeitando a abordagem unionista da corrente jusmoralista. O principal defensor da tese da separação foi o jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973). Do ponto de vista kelseniano, direito e moral pertencem a dois sistemas normativos distintos, separação essa que já está presente na obra de Immanuel Kant.

Com efeito, para Kant (1724-1804), o princípio supremo da moral seria agir “segundo uma máxima que possa ter valor como lei geral”<sup>177</sup>. A máxima, no pensamento kantiano, é o “princípio subjetivo que o sujeito se impõe como regra de ação”<sup>178</sup>, ou seja, é como cada pessoa entende que deva agir. Podemos, portanto, entender que, para Kant, o indivíduo deveria agir segundo uma regra moral que pudesse ser imposta a todos como uma regra geral. Por assim dizer, uma regra moral seria boa se todos pudessem agir conforme esta regra que o indivíduo adotou para si.

---

<sup>174</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 37.

<sup>175</sup> SCHUMAN, Samuel I. *Legal Positivism: Its Scopes and Limitations*. Detroit: Wayne State University Press, 1963, p. 1210.

<sup>176</sup> STRUCHINER, Noel. Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: CITTADINO, G. (org.); MAIA, A. C. (org.); MELO, C. C. (org.); POGREBINSCHI, T. (org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 399-415.

<sup>177</sup> KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 40.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 40.

Para Kant a legalidade se constitui pela simples conformidade da ação com a legislação externa. É dentro dessa definição de legalidade que se fundamenta o direito. Este se refere ao mundo dos deveres externos, impostos por uma legislação jurídica, em que não se exige que a idéia interna do dever (moral) seja o motivo determinante da vontade.

O direito considera as relações externas de uma pessoa no que diz respeito aos efeitos que venham a causar no mundo exterior (jurídico). É o conjunto de condições nas quais a vontade de um concorda com a de outro segundo uma lei de liberdade.

Daí se extrai o princípio geral de direito, a saber: “Aja de tal modo que o livre exercício do teu arbítrio possa estar em conformidade com a liberdade de todos segundo uma lei universal”<sup>179</sup>. Então, toda ação que não é um obstáculo ao acordo do arbítrio de todos com a liberdade de todos segundo uma lei universal é considerada justa.

A justiça, em Kant, está em cada um exercer livremente o seu arbítrio respeitando a liberdade dos demais, conforme leis universais. Esta ideia está expressa no conceito da sua lei universal de direito: “age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade<sup>180</sup> de todos, segundo uma lei universal”<sup>181</sup>. Sendo assim, uma limitação à liberdade individual, para ser justa, deveria ser universal, ou seja, deveria limitar a liberdade de todos de forma igual.

Assim, o direito surge como “...o conjunto das condições através das quais o arbítrio de um pode concordar com o arbítrio de outrem, segundo uma lei universal de liberdade”<sup>182</sup>, em que é “...considerada justa toda a ação que por si (...) não é um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais”<sup>183</sup>. A coerção é uma característica inseparável do direito, devendo eliminar a resistência e o obstáculo opostos à liberdade de todos. Por isso a coerção é necessária, pois estabelece o acordo das liberdades segundo a lei universal.

Enquanto a moral é uma coação interna ao indivíduo (a moral é autônoma), o direito se encontra na legalidade exterior das ações com a força coativa da lei (o direito é heterônomo). Trata-se da regulamentação coativa das liberdades externas a fim de assegurar a ordem social,

---

<sup>179</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentación De la Metafísica de las Costumbres*. 8ª ed. Tradução de M. García Morente. Madrid: Espasa-Calpe, 1983, p. 72.

<sup>180</sup> A concepção de Kant sobre a liberdade é mais próxima à liberdade em sentido negativo. Esta é definida por Isaiah Berlin como a área em que o sujeito “*deve ter permissão de fazer ou ser o que é capaz de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas*” (BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a Humanidade: Uma Antologia de Ensaio*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 229).

<sup>181</sup> KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 46.

<sup>182</sup> ZANNONI, Eduardo A. *Crisis de la Razón Jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1980, pp. 32-33.

<sup>183</sup> *Ibidem*, pp. 32-33.

sem qualquer intenção moral, pois o direito deve estar separado dela (que diz respeito aos deveres internos). O direito puro se obtém do mundo exterior, assim como a moral pura se obtém do foro íntimo, assim não é pelo conteúdo que o Direito se distingue da moral, mas pela maneira de se tornar obrigatório<sup>184</sup>.

Como consequência dessa concepção de direito puro brotará o positivismo jurídico em sua forma moderna, que é uma convenção de direito fundada na força e não na consciência ética.

O direito pode ser subdividido em direito natural e direito positivo (adquirido), donde o primeiro é inato a cada indivíduo e o segundo provém da vontade do legislador. Para Kant o único direito natural é a liberdade, que tem seus limites até o ponto de interferir na liberdade dos outros (deve-se entender a liberdade como gênero que engloba a igualdade, a livre expressão das idéias, etc.)<sup>185</sup>.

Dentre os autores do Positivismo, Kelsen é, sem dúvidas, o que possui mais destaque no mundo jurídico – jurista austríaco, mudou-se para os Estados Unidos em razão da Segunda Guerra Mundial. Kelsen foi um dos principais expoentes da doutrina sistemática e formalista do direito, doutrina esta que conduz à visualização do Direito como uma pirâmide, ou seja, estrutura hierárquica de normas jurídicas, sistema apto a solucionar o caso concreto sem a ingerência de outros elementos, ou seja, sem a influência, ou interferência de outras instituições e, ou ciências, como: a filosofia, a sociologia, a psicologia, a política etc.<sup>186</sup>.

Kelsen repudia completamente toda a fundamentação metafísica do jusnaturalismo, na sua concepção de direito, quando afirma que somente é direito o direito positivo, fruto de

---

<sup>184</sup> BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O Significado Perdido da Função de Julgar*. São Paulo, 1990. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990, pp. 31-32. Neste sentido: “*Numa acepção puramente kantiana, a heteronomia só pode ser determinada pela oposição à noção de autonomia, qualidade que a vontade tem de ser lei para si mesma. A vontade jurídica é heterônoma porque busca a lei que deve determiná-la num outro lugar: na vontade anônima dos costumes ou na vontade institucionalizada dos órgãos estatais. No âmbito legal obedecemos a regras que foram postas por outros ou pela sociedade, ou seja, não é pelo conteúdo que o Direito se distingue da moral, mas pela maneira de se tornar obrigatório. É pela diversidade da legislação que une um e outro impulso à lei, que determinamos se estamos no âmbito da legalidade ou da moralidade. O Direito como liberdade externa gera a responsabilidade frente aos outros, que podem exigir de nós o cumprimento das obrigações*”.

<sup>185</sup> Neste sentido ver HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*. 3ª ed. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003, p. 221. “*A influência das doutrinas ética e jurídica de Kant sobre a ‘teoria da vontade’ (Willetheorie) foi muito importante e contribuiu para o seu definitivo estabelecimento na dogmática civilista. Kant realçou, de fato, a autonomia da vontade e o seu papel criador de valores universais, ao mesmo tempo que fez da vontade (ou da liberdade) o esteio da personalidade moral. O direito consistia na forma da relação entre os arbítrios das pessoas, da relação entre dois arbítrios que, exteriorizando-se se encontram: a ação justa (ou jurídica) seria, então, a que, segundo uma lei universal, coexistisse com o livre-arbítrio de cada um*”.

<sup>186</sup> TORRENS, Haradja Leite. Neo-positivismo e Pós-positivismo Jurídico nas Doutrinas de Herbert Hart e Ronald Dworkin. In: \_\_\_\_\_. *A Expansão do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 147-158.

ação do homem, o legislador, historicamente contingente e imposto de forma coercitiva. Em sua Teoria Pura do Direito, afirma que o Direito exige uma teoria pura, uma teoria positiva do direito, que se proponha a garantir um conhecimento exclusivamente dirigido ao direito, um conhecimento puro, que exclua “tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”<sup>187</sup>, ou seja, um conhecimento que exclua todos os outros, tais como a sociologia, a filosofia, a ética, a psicologia, a teoria política, para que com estas não se confunda, nem se misture.

Para construir-se o direito como ciência, com objeto e métodos próprios, é necessário, então, depurar o direito de tudo que lhe seja estranho ou, em outras palavras, não normativo. Como é sabido, Hans Kelsen provém do círculo neopositivista de Viena ou positivismo lógico. Segundo essa orientação filosófica, só é racional e compreensível tudo aquilo que possa verificar-se racionalmente, assim, considerações valorativas sobre o conteúdo de normas se ausentam de sentido nesta perspectiva<sup>188</sup>. A Teoria Pura do Direito, elaborada por Kelsen, é a expressão mais fundamental do positivismo lógico-normativo. A ciência do direito nada tem haver com fatos, mas sim com normas, com o dever ser (*sollen*).

A pureza metodológica foi um trabalho e um objeto incessante em Kelsen. Conforme explica Mário Losano, por ocasião da introdução à edição italiana da obra de Kelsen *O problema da Justiça*<sup>189</sup>, o estudo do direito em si e por si, a pureza metodológica em Kelsen é resultado de sua posição no debate sobre a ausência de juízos de valor nas ciências sociais, na Alemanha, no início do século passado. Assim, o objeto da ciência é determinado pelo seu método, que passa a ser o elemento central das ciências. Para os positivistas, o real (o objeto) possui existência em si mesmo, independente do sujeito. Esse objeto pode ser acessado na sua integralidade pelo conhecimento, podendo ser apreendido e registrado tal como ele é. Isso pressupõe a diferenciação entre fatos e valores. Os fatos pertencem à ordem do objeto e, assim, podem ser apreendidos se se usam métodos próprios e adequados. Quanto aos valores esses pertencem à ordem dos sujeitos e existem na dimensão do observador. O cientista deve se preocupar em apreender os fatos, afastando-se da ordem de valores, pois visa à construção de uma teoria formal e não substancial. Assim, o positivismo pretende ser ciência jurídica e não política do direito, esta afirmação é feita por Kelsen já nas primeiras páginas de sua Teoria Pura em que esclarece que, como Teoria Geral do Direito, esta visa apenas conhecer o

---

<sup>187</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 1.

<sup>188</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del Derecho*. 2ª ed. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1999, p. 51.

<sup>189</sup> LOSANO, Mário. Introdução. In: KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. ix.

seu próprio objeto, ou seja, procura responder a questão de “como é o direito”, mas não lhe importa saber como direito “deve ser”<sup>190</sup>.

O direito é, para Kelsen, uma técnica de controle social que se estabelece como uma ordem de coerção e, conseqüentemente, uma ordem de segurança e de paz. O direito é formado por comandos sancionados, respaldados no uso da força física monopolizada pelo Estado<sup>191</sup>. A função da ciência do direito é apenas descrever o direito e não prescrever as condutas, assim sendo, o que importa à ciência é oferecer um conhecimento rigoroso e seguro a respeito das normas jurídicas, indicando com precisão as normas consideradas válidas perante o ordenamento jurídico estabelecido. Prescrever as condutas e elaborar, neste sentido o direito, é tarefa da política do direito. A resposta ao que é justo ou bom não importa à ciência do direito visto que a doutrina do direito visa à compreensão das ordens jurídicas independentemente do seu conteúdo, assim, o plano discursivo da ciência se limita ao caráter descritivo. É, portanto, tarefa da política do direito se preocupar com a avaliação moral das ordens ou dos regimes políticos. Conseqüentemente, a ciência do direito possui um caráter avalorativo pela impossibilidade mesma de se definir racionalmente o que é ou não “justo” (visto que esta avaliação implica um juízo subjetivo vinculado aos desejos e temores daquele que o faz)<sup>192</sup>.

No capítulo II, da sua Teoria Pura do Direito, Kelsen argumenta inicialmente que a distinção entre Direito e moral não pode referir-se à conduta que prescrevem essas ordens sociais: “O suicídio não pode ser apenas proibido pela Moral, mas tem de o ser também pelo Direito; a coragem e a castidade não podem ser apenas deveres morais – são também deveres jurídicos”<sup>193</sup>. O autor acrescenta que também é errada a concepção frequente de que o Direito prescreve uma conduta externa e a moral uma conduta interna, já que ambas as condutas seriam prescritas pelas duas ordens sociais referidas<sup>194</sup>. Kelsen, referindo-se à ética kantiana,

---

<sup>190</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 1.

<sup>191</sup> SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 36.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>193</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 68.

<sup>194</sup> “A virtude moral da coragem não consiste apenas no estado de alma de ausência de medo, mas também numa conduta exterior condicionada por aquele estado. E, quando uma ordem jurídica proíbe o homicídio, proíbe não apenas a produção da morte de um homem através da conduta exterior de um outro homem, mas também uma conduta interna, ou seja, a intenção de produzir um tal resultado” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 68) Aqui, Kelsen parece afastar-se do ponto central da discussão sobre a conduta externa e conduta interna. Tal discussão refere-se ao fato de o Direito retirar o fardo motivacional que uma norma moral (racional) requer, ou seja, a conduta exigida pelo Direito prescinde da intenção do agente, satisfazendo-se perfeitamente com a obediência à norma jurídica por medo da sanção; já a conduta exigida por uma moral da razão – em termos kantianos – só encontra seu valor na medida em que é praticada por dever moral, independentemente de qualquer fator empírico – inclinações, interesses, paixões etc. Como Kelsen não aceita a ideia de uma moral da razão, é de certa forma compreensível o sentido da sua argumentação.

interpreta-a no sentido de que, diferentemente do Direito, a conduta interna que a moral exige “deverá consistir em uma conduta que, para ser moral, terá de ser realizada contra a inclinação”<sup>195</sup>.

O comentário que Kelsen faz sobre a proposta de Kant, entretanto, não é completamente fiel ao pensamento original deste autor. Kant entende que a ação não é moralmente boa por aquilo que se promove ou realiza, isto é, o valor moral da ação não reside no efeito que dela se espera: “nada senão a representação da lei em si mesma, que em verdade só no ser racional se realiza, enquanto é ela, e não no efeito esperado, que determina a vontade, pode constituir o bem excelente a que chamamos moral”<sup>196</sup>. Isso significa dizer que o valor moral da ação consiste em fazer o bem, não por inclinação, mas por dever. Note-se, portanto, que a ação, para ser moral, não deve ser praticada “contra a inclinação”, mas sim praticada pura e voluntariamente por dever – ou seja, por respeito à lei. A diferença, embora possa parecer sutil, confere mais destaque à oposição à inclinação do que à própria ideia de respeito à lei. Esse distanciamento do pensamento kantiano, na verdade, tem relação com a posição cética de Kelsen a respeito da possibilidade de uma moral da razão universalmente válida.

Kelsen argumenta, em seguida, que o Direito e a moral não se distinguem essencialmente com referência à produção ou aplicação das suas normas: “Tal como as normas do Direito, também as normas da Moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente [...]. Neste sentido a Moral é, como o Direito, positiva, e só uma Moral positiva tem interesse para uma ética científica, tal como apenas o Direito positivo interessa a uma teoria científica do Direito”<sup>197</sup>.

Antes de entrar no mérito da relatividade da moral, Kelsen afirma que a única distinção entre Direito e moral não pode ser encontrada naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas sim como elas prescrevem ou proíbem as condutas humanas:

*“O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física”*<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 68.

<sup>196</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Editora Porto, 1995, p. 38.

<sup>197</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 70.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 71.



Para Kelsen, as relações entre Direito e moral podem ser abordadas tanto quanto à forma como quanto ao conteúdo. No que tange à forma, as considerações feitas até então já revelam a posição do autor sobre o assunto. No que diz respeito ao conteúdo, Kelsen refere que há aqueles que afirmam que “o Direito por sua própria essência tem um conteúdo moral ou constitui um valor moral, com isso afirma-se que o Direito vale no domínio da moral, que o Direito é uma parte constitutiva da ordem moral, que o Direito é moral e, portanto, é por essência justo”<sup>199</sup>. A justificação do Direito por esta tese tem de pressupor que apenas uma moral que é a única válida, ou seja, uma moral absoluta, que fornece valores morais absolutos, os quais serão os únicos aptos a legitimar o Direito. Conforme Kelsen, porém, essa linha de raciocínio é insustentável do ponto de vista de um conhecimento científico, uma vez que “um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente da divindade”<sup>200</sup>.

Argumentando que é impossível determinar qualquer elemento comum às diferentes ordens morais positivas, Kelsen afirma que só é correto falar de valores relativos e de uma moral relativa: “Com efeito, quando não se pressupõe a priori como dado, isto é, quando não se pressupõe qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que é que tem de ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto”<sup>201</sup>. Para ele, a única coisa comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever-ser, o caráter de norma. Deduz, nesse sentido, que “a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma”<sup>202</sup>.

Ao se filiar a uma teoria relativa dos valores, Kelsen sustenta que a validade de uma ordem jurídica positiva independe da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de moral, já que não há uma moral ou uma justiça absolutas. Assim sendo, a legitimação do Direito pela moral (positiva) é irrelevante, porquanto, para Kelsen, não é tarefa da ciência jurídica aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas conhecê-lo e descrevê-lo: “[...] a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma a valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica

---

<sup>199</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 72.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 74.

com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito”<sup>203</sup>. Diante dessas considerações, Kelsen conclui que não existe uma relação de vinculação entre Direito e moral, como pretendem os jusnaturalistas. Do ponto de vista do conhecimento dirigido ao Direito positivo, exige-se uma separação entre Direito e moral, sendo possível, como visto acima, que uma norma jurídica seja considerada válida ainda que contrarie uma ordem moral – relativa ou absoluta.

Para Kelsen “o juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo”<sup>204</sup>, que implica em dizer que a conduta real (fática) é “boa”. Já “o juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo”<sup>205</sup>, o que implica em dizer que a conduta real é “má”<sup>206</sup>. Nesse sentido, Kelsen afirma que “uma norma não é verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida”<sup>207</sup>.

Quando Kelsen discorre acerca da separação entre direito e moral, explica que quando a teoria do direito positivo se propõe a diferenciar direito e moral em geral e, também, direito e justiça em particular, ela vai, na verdade, contra a maioria dos juristas que pressupõe uma única moral válida, universal e absoluta. Se, no entanto, partirmos da compreensão de que moral é relativa e que, portanto, podem existir vários sistemas morais, a pressuposição é a de que o direito deve ser moral, ou seja, corresponder a um determinado sistema moral entre vários possíveis. Nesse sentido: “a pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos sistemas de Moral, e a não a relação entre aquele e “a” Moral”<sup>208</sup>.

Assim, para Kelsen, a validade de uma ordem jurídica positiva é estabelecida independentemente de se recorrer à sua concordância ou não com qualquer tipo de sistema moral. Se não há valores absolutos ou justiça absoluta, os valores relativos que estão na base de constituição dos atos normativos não podem excluir outros valores a eles opostos. Diante

---

<sup>203</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 77.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>208</sup> *Ibidem*, pp. 75-76.

disso, conclui Kelsen que os valores relativos jamais podem ser tomados como medida ou valor absoluto de valoração da ordem jurídica positiva. Nessa linha de pensamento:

*“Se o Direito é identificado com a Justiça, o ser com o dever-ser, o conceito de Justiça, assim como de bom, perdem o seu sentido. Se nada há que seja mau (injusto), nada pode haver que seja bom (justo). A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (wertfrei)”*<sup>209</sup>.

Por fim vale ressaltar que para Kelsen a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem de justificar a ordem normativa que lhe compete, apenas conhecer e descrever<sup>210</sup>.

## 2. As Relações entre Direito e Moral no Pensamento de Hart

Com o filósofo contemporâneo Herbert Hart, dentro ainda do paradigma positivista, se produziu um enorme avanço teórico em relação à teoria do direito, por ele aperfeiçoada, mas também no sentido da compreensão das relações entre a moral e o direito, conforme exposto especialmente em sua obra *O Conceito do Direito* de 1961.

Como bem expressa Hart: “[...] não é uma verdade necessária que o direito reproduz ou satisfaz certas exigências da moralidade, mesmo se freqüentemente isso ocorre de fato”<sup>211</sup>.

Já no ensaio intitulado “O positivismo e a separação entre direito e a moral”, publicado em 1958, Hart adianta uma parte de seus posicionamentos posteriormente expressados em *O Conceito do Direito* e, principalmente, esclarece que mesmo os velhos positivistas, como John Austin e Jeremy Bentham, não desconheciam as intersecções entre o direito e a moral, entretanto, sempre estiveram preocupados com as possíveis e perigosas confusões que podem existir entre o direito como é e o direito como deveria ser. Segundo Hart, Austin e Bentham condenaram os adeptos do direito natural justamente por terem obscurecido essa distinção, em especial Bentham, assim expressado por Hart: “Há, portanto, dois perigos que a insistência nesta distinção nos ajudará a evitar: o perigo de que o Direito e sua autoridade dissolvam-se nas concepções humanas daquilo que o direito deveria ser, e o perigo de que o Direito

---

<sup>209</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 77.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>211</sup> HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 240.

existente possa suplantar a moral como critério último de conduta e que, assim, possa escapar de críticas”<sup>212</sup>.

Hart esclarece ainda os utilitaristas, ao insistirem na separação entre o direito e a moral, jamais teriam querido dizer que não existem intersecções entre ambos, e afirma que o próprio Austin fala da freqüente coincidência do direito positivo e da moral, o que contribui para a confusão entre o direito que é e o direito que deveria ser. Assim, nas palavras de Hart:

*“Em segundo lugar, nem Bentham, nem seus seguidores, negavam que por meio de preceitos legais explícitos princípios morais pudessem ser inseridos, em diferentes pontos, em um sistema jurídico e fazer parte de suas regras, ou que os tribunais pudessem ser legalmente obrigados a decidir segundo o que acreditavam ser justo ou melhor. Bentham reconheceu, de fato, ao contrário de Austin, que mesmo o poder legislativo supremo pode estar sujeito a restrições legais de uma Constituição e não teria negado que princípios morais, como os da Quinta Emenda (à Constituição dos EUA), possam formar conteúdo de tais restrições constitucionais”*<sup>213</sup>.

Para Hart, tanto Bentham quanto Austin queriam apenas afirmar que, na ausência de normas constitucionais ou legais expressas, o fato de uma norma violar padrões morais não implicava que ela perdesse a identidade de regra jurídica e o inverso, ou seja, o fato de uma norma ser moralmente desejável não implicaria necessariamente a sua identidade de regra jurídica.

Já na parte III de seu ensaio Hart enfrenta o problema de que as situações de fato muitas vezes não se apresentam claramente para que o juiz simplesmente as leia por meio de uma operação dedutiva. Ao aplicar normas jurídicas é preciso assumir a responsabilidade de decidir “que as palavras englobam ou não englobam o caso em pauta, com todas as conseqüências práticas que essa decisão envolve”<sup>214</sup>. Eis aqui o que Hart passou a designar de “problemas de penumbra”. O desconhecimento dessas zonas de incerteza no direito, quando do processo de decisão judicial, é estigmatizado como um erro do formalismo ou do literalismo, ao considerar que o raciocínio envolvido no processo de decisão é meramente dedutivo de premissas sobre as quais as escolhas práticas ou decisões judiciais não possuem qualquer impacto.

Hart destaca que nenhum dos velhos positivistas acreditavam que o direito era um sistema lógico fechado nos quais os juízes deduziam de premissas as suas decisões. Austin, inclusive, reconhecia a imprecisão e o caráter aberto da linguagem acreditando que em situações de incerteza os juízes devem legislar.

---

<sup>212</sup> HART, Herbert L. A. Ensaio 2: O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral. In: \_\_\_\_\_. *Ensaaios sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 58.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 69.

Para Hart o vício do formalismo pode ser imputado aos juízes, este vício consistiria em os Tribunais acabarem por fazer uso excessivo da lógica e implica dar a um termo geral uma interpretação cega aos valores e conseqüências sociais. Para o autor, o que faria uma decisão melhor ou mais sensata é, realmente, algum conceito daquilo que o direito deveria ser. A partir daí seria fácil afirmar que deve haver um julgamento moral sobre o que o direito deveria ser e, assim, se encontra um ponto de intersecção entre o direito e a moral.

Para o deslinde do processo judicial, haverá a necessidade de socorrer-se a algum critério de justiça. O processo judicial, apesar de ser um encadeamento lógico de etapas necessárias para a satisfação do direito material, abre espaço, na presença de normas dessa natureza, para uma relação entre legalidade e moralidade. Segundo Hart, tanto Bentham quanto Austin ignoraram esse fato:

*“Assim, tocamos aqui um ponto de necessária “intersecção entre Direito e moral” que demonstra a incorreção, ou pelo menos, o caráter enganoso da insistência enfática dos Utilitaristas entre o que o Direito é e o que deveria ser. Com certeza, Bentham e Austin só podem ter escrito o que escreveram porque entenderam mal ou desprezaram este aspecto do processo judicial, já que ignoraram os problemas da zona de penumbra”*<sup>215</sup>.

Entretanto, apesar da crítica ao formalismo, Hart se opõe a idéia de junção entre direito e moral, nas seguintes palavras:

*“Não decorre que, porque o oposto de uma decisão tomada cegamente na maneira formalista ou literalista é uma decisão inteligentemente tomada tendo por referência alguma concepção do Direito que deveria ser, que temos uma junção entre o Direito e a Moral. Devemos, creio nos precaver de pensar de um modo muito simplista sobre a palavra “deveria”. E isto não porque não haja distinção a ser feita entre o que o Direito é e o que deveria ser. Longe disso. Mas porque a distinção deveria ser entre o que é e o que, sob diferentes pontos de vista, deveria ser. A palavra deveria simplesmente reflete a presença de algum parâmetro para a crítica; um destes parâmetros é o parâmetro moral, mas nem todos os parâmetros são morais”*<sup>216</sup>.

Assim, o que Hart quis dizer é que a moral não é o único parâmetro para decidir os casos que estão na zona de penumbra. Desse modo, decisões que fogem ao formalismo não são decisões que necessariamente se assentam na moral, mas podem encontrar suas bases à luz de propósitos políticos, por exemplo.

A crítica que melhor enfrenta a proposta utilitarista de separação entre o legal e o moral considera como premissa *“o problema apresentado pela existência de leis moralmente más”*<sup>217</sup>. O principal defensor da doutrina que rechaça a separação entre legalidade e moralidade é Gustav Radbruch, que, até testemunhar os horrores legitimados pela lei durante

---

<sup>215</sup> HART, Herbert L. A. Ensaio 2: O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral. In: \_\_\_\_\_. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 70.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 79.

a Segunda Guerra Mundial, era um defensor do positivismo assim entendido pelo slogan “lei é lei”:

*“Antes de sua conversão, Radbruch sustentava que a resistência à lei era um assunto de consciência pessoal, a ser pensado pelo indivíduo como um problema moral e que a validade de uma lei não podia ser contestada mostrando-se que suas determinações eram moralmente más, ou mesmo mostrando-se que o efeito de obediência à lei seria mais perverso do que o efeito de desobediência”<sup>218</sup>.*

A história nos conta o que Radbruch vivenciou. Sob a égide do positivismo jurídico, a Alemanha nazista pôde cometer, acobertada pelo que se tinha por legalidade, todas as atrocidades contra os direitos fundamentais. Isso levou Radbruch a mudar seu posicionamento, defendendo que qualquer sistema jurídico somente teria validade se tivesse em consonância com princípios de moralidade. Portanto, leis dessa natureza não eram, assim, somente imorais, mas também não poderiam ser caracterizadas como jurídicas. Hart aponta o perigo de essa análise identificar um sistema jurídico com a necessidade de obediência a princípios morais: “Pois se adotamos o entendimento de Radbruch, e, com ele e com os tribunais alemães, fizemos nosso protesto contra leis más na forma de uma assertiva de que certas normas não podem ser leis devido a sua iniquidade moral, confundimos uma das formas mais poderosas, porque a mais simples, de crítica moral”<sup>219</sup>.

Da ótica utilitarista, pode-se dizer que uma lei pode ser tão iníqua que não merece ser obedecida. Todavia, não perde seu caráter de lei. Seguimos aqui a receita de Bentham: “obedecer pontualmente, censurar livremente”<sup>220</sup>. Outro ponto necessário para o exame da separação entre Direito e moral, considera o sistema jurídico como um todo versus uma lei que compõe tal sistema e a necessidade de o Direito identificar-se com ditames morais.

Em “O conceito de Direito”, Hart esclarece o fato de o Direito possuir um conteúdo mínimo de direito natural. Isso se dá por uma necessidade natural decorrente de nossa situação de vulnerabilidade no mundo. Nesse texto, Hart retorna a esse argumento:

*“Tais regras superpõem-se a princípios morais básicos que proíbem o assassinato, a violência e o roubo; e assim podemos acrescentar a declaração factual de que todos os sistemas jurídicos coincidem, de fato, com a moral em pontos tão vitais, a declaração de que, neste ponto, isto é necessariamente assim. E por que não a chamar de necessidade “natural”<sup>221</sup>?*

O elemento primordial do conceito de justiça formaliza o Princípio da igualdade, leia-se: situações iguais devem ser tratadas de maneira isonômica. Todavia, tem-se aqui a chamada justiça procedimental ou justiça na aplicação do Direito, que consiste em aplicar princípios de

---

<sup>218</sup> HART, Herbert L. A. Ensaio 2: O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral. In: \_\_\_\_\_. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 79.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 84.

generalidade, abstração, razoabilidade e imparcialidade da lei, com o fito de que as normas sejam aplicadas a todos os casos que foram previamente previstos para elas.

Em seu pós-escrito ao Conceito de direito, Herbert Hart discute a questão da moralidade no Direito. Ele afirma que em todo Direito positivo deve haver um conteúdo mínimo de Direito natural<sup>222</sup>. Podemos identificar, hoje, esse Direito natural como sendo a Moral social; percebemos, portanto, a importância dada por Hart à presença da moralidade no Direito positivo.

Hart separa o Direito da Moral nos seus estudos exatamente para diferenciar a invalidade da imoralidade com relação ao Direito, o que constitui uma posição normativista. É curioso notar que Hart adota uma metodologia formalista para o estudo do Direito ao considerar válidas todas as normas que correspondem aos critérios da regra de reconhecimento<sup>223</sup> – sem fazer análises axiológicas, inicialmente, sobre elas – exatamente para poder estudar todas as normas, julgando-as justas ou injustas (prevendo, assim, a necessidade de sua alteração ou não), e analisar o comportamento de rejeição da sociedade diante das regras iníquas. A regra de reconhecimento exerce, de certa forma, a função da norma hipotética fundamental de Kelsen<sup>224</sup>. Hart explica que não exclui de seus estudos a axiologia das normas e justifica: “Um conceito de direito, que permita a diferenciar a invalidade do direito de sua imoralidade nos faculta ver a complexidade e a variedade desses problemas distintos, enquanto um conceito restrito de direito, que nega validade jurídica às normas iníquas, pode nos tornar cegos para eles”<sup>225</sup>.

Para Hart, a validade de um ordenamento jurídico se fundamenta numa Regra de Reconhecimento, que estabeleceria quais comandos seriam juridicamente válidos. Assim, os comandos de direito seriam regras primárias e estabelecem deveres jurídicos; regras de reconhecimento seriam secundárias, dispondo sobre a identificação dos comandos de direito. Tal regra situa-se fora do Ordenamento e decorre de fatores externos, tais como condutas dos agentes estatais, dos Tribunais e dos particulares. Seu conteúdo é variável no tempo e no espaço, abarcando requisitos materiais e formais.

---

<sup>222</sup> HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 250.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>224</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pp. 224-228, coloca a norma hipotética fundamental como uma pressuposição lógico-transcendental necessária para o estudo das normas jurídicas.

<sup>225</sup> HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*, p. 273.

Regras morais, por sua vez, possuirão seu reconhecimento por um grupo social ou seus destinatários. Suas sanções são informais, vez que a moral pressupõe espontânea adesão dos destinatários aos seus preceitos (critério irrelevante para o Direito).

Se a estabilidade do sistema está atrelada a uma atitude do legislador de editar normas que atentem para os interesses daqueles que lhes devem obediência, observa-se a necessidade de reconhecimento do sistema pelos indivíduos. Para que ocorra tal reconhecimento, muitas normas carregarão preceitos de conteúdo moral.

Hart, aponta seis maneiras de conexão entre Direito e Moral:

1ª O poder e a autoridade: nesse ponto, o autor aponta a falsa dicotomia existente entre “o direito baseado meramente na força” (no poder) e “o direito aceito como moralmente vinculante”<sup>226</sup>. Assim, o que Hart faz é negar a conexão necessária entre poder e autoridade, pois nem todo aquele que detém o poder tem autoridade para tal e nem toda autoridade detém poder.

2ª A influência da moral sobre o Direito: em muitas legislações modernas, a moral tem se mostrado presente nos preceitos legais, algumas vezes, influenciando o conteúdo normativo, outras, o próprio processo judicial. Muitos sistemas adotam explicitamente preceitos de natureza moral em suas legislações. Hart afirma que não é obrigatória a existência de leis que reproduzam necessariamente preceitos de ordem moral, embora eventualmente ocorra.<sup>227</sup>

3ª A Interpretação: nesse ponto, Hart destaca o aspecto relevante que é a questão da interpretação das normas jurídicas<sup>228</sup>. Aqui, ocorre o fenômeno da textura aberta, isto é, os critérios jurídicos não são estanques, ao contrário, modificam-se com o passar do tempo. O que é importante é atentar-se para a confusão existente entre padrões objetivos de interpretação e valores morais. O Direito é norteado por critérios objetivos de resoluções de conflitos entre normas jurídicas. Tanto as antinomias jurídicas quanto as lacunas legais podem ser resolvidas por técnicas de interpretação e resolução de conflitos. Todavia, tal situação não se confunde com a interpretação feita pelo magistrado quando opta por certos valores morais em detrimento a outros em um caso concreto.

4ª A crítica do Direito: Há autores que acreditam ser indispensável ao Direito que haja uma plena identificação deste com a moral e a justiça. Classificam com o adjetivo “bom” o sistema jurídico que atende a tais preceitos. Todavia, Hart questiona qual a moral que deve

---

<sup>226</sup> HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 262.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 263.

<sup>228</sup> *Ibidem*, pp. 264-265.



nortear tal sistema<sup>229</sup>. Mill já alertava sobre o problema que poderia existir em aceitar-se a moral vigente como padrão, pois é natural que essa moral expresse apenas os interesses de parte dominante de dada sociedade.

Assim, é moralmente aceito que, em uma sociedade escravagista neguem se direitos políticos às mulheres, por exemplo. Tal fato, se incorporado à legislação, poderia ser interpretado como algo moralmente aceito.

Na verdade, os preceitos que merecem ser incorporados pelo Direito revelam preceitos gerais atinentes a todos os homens.

5ª Princípios de legalidade de justiça: o argumento que afirma que um bom sistema jurídico é aquele que se conforma com certos pontos de moralidade e justiça é rebatido por Hart: “Isto porque é necessariamente realizado um mínimo de justiça sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais anunciadas publicamente e aplicadas por via judicial”<sup>230</sup>. Nesse ponto, Hart alega que uma das formas de se conceber Justiça na aplicação ao Direito é a que se define como regra geral todo preceito que deva ser aplicado a inúmeras pessoas com total imparcialidade<sup>231</sup>. Consequentemente, qualquer lei, por mais imoral que seja, pode ser aplicada de maneira justa. Isso é chamado, por Hart, de uma forma mínima de justiça.

Assim, podemos apontar aquilo que o Direito chama de justiça procedimental, isto é, justiça na aplicação da lei, que Kelsen chama de justiça formal. Conseguimos, assim, ampliar nossa visão, pensando agora em justiça como conteúdo do Direito e justiça na aplicação do Direito. A relação existente entre Direito e moral é observada aqui pela ótica do controle social, pois tanto em um como em outro tem-se o pré-estabelecimento de regras gerais a serem aplicadas a uma multiplicidade de pessoas.

6ª Validade jurídica e resistência ao Direito: quanto à validade de um ordenamento jurídico e sua relação com normas de ordem moral, Hart aponta que tal relação pode ser vista pela ótica de um positivista ou pela ótica de um defensor do direito natural<sup>232</sup>. Se visto pela ótica de um positivista, o ordenamento jurídico terá validade desde que as normas que o formam obedeçam a critérios pré-estabelecidos. O Direito deve ser visto como o é e não como deveria ser.

---

<sup>229</sup> HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, pp. 265-266.

<sup>230</sup> *Ibidem*, pp. 230-231.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 267.

<sup>232</sup> *Ibidem*, pp. 268-269.

Pela ótica de um jusnaturalista, o critério de validade de um ordenamento jurídico deve também conter a exigência de normas que atendem a certos preceitos de ordem moral. Assim, normas iníquas poderiam oferecer resistência à sua aceitação e ao seu cumprimento. Nesse caso, se atrelamos a validade de um sistema à necessidade de aceitação de seus preceitos pelos indivíduos, poderíamos afirmar que a validade de um sistema está diretamente conectada a valores morais de uma sociedade. Se optarmos por esse entendimento, legalidade e moralidade passam a ter uma relação quase indissolúvel, capaz de validar o próprio sistema jurídico.

O jurista inglês teoriza que a moralidade dá apenas sentido ao Direito, não condiciona a sua validade. Difere de Dworkin nesse ponto, quando diz que uma norma injusta é, ainda assim, válida, o que nos remete a Sócrates, ferrenho defensor da obediência às leis; e ao pensamento jurídico de Santo Agostinho, que propugnava ser injustificável a desobediência até mesmo às normas injustas. Hart atribui a validade de uma norma apenas à sua correspondência com os critérios da regra de reconhecimento, não importando se ela é justa ou injusta. Reconhece, entretanto, a necessidade de alteração dessa regra, por ser ela injusta. Expõe ele essa ideia no seu pós-escrito: “Neste livro, sustento que, embora haja várias e diferentes relações contingentes entre o direito e a moral, não há uma conexão conceitual necessárias entre seus conteúdos; disposições moralmente iníquas podem, portanto, ser válidas como normas ou princípios jurídicos”<sup>233</sup>.

Ademais, ressalta a importância da justiça das normas para que elas sejam estáveis e, assim, não gerem revoltas:

*“Se o sistema for justo e assegurar genuinamente os interesses vitais de todos aqueles de quem pede obediência, pode conquistar e manter a lealdade da maior parte, durante a maior parte do tempo, e será conseqüentemente estável. Pelo contrário, pode ser um sistema estreito e exclusivista, administrado segundo os interesses do grupo dominante, e pode tornar-se continuamente mais repressivo e instável, com a ameaça latente de revolta”*<sup>234</sup>.

Ao final dessa exposição, o que nos parece claro, na obra de Hart, é a visão do Direito como sistema que se estrutura por critérios de validade independentes da necessidade de valores morais. A relação não é necessária, do ponto de vista lógico, mas se faz presente pela própria necessidade humana de sobrevivência em grupo. Assim, para Hart, mesmo que excepcionalmente, existe a possibilidade da relação entre o direito e a moral.

---

<sup>233</sup> HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 346.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 218.

### 3. As Doutrinas do Positivismo Jurídico Exclusivo e do Positivismo Jurídico Inclusivo

As teorias jurídicas positivistas, em linhas gerais, rejeitam a dualidade de ordens jurídicas, de modo que, nessa perspectiva, não há que se falar em direito natural e direito positivo, já que todo o direito é direito positivo, tendo em vista que toda ordem jurídica é resultado da criação humana, não havendo razões convincentes para que se possa afirmar a existência de normas jurídicas situadas fora da história, porque produtos da natureza de algo.

Com isso, evidencia-se que as doutrinas do positivismo jurídico, de um modo geral, abrem mão de elementos metafísicos, na elaboração de suas construções teóricas<sup>235</sup>. Segue-se a tese do fato social (*social fact thesis*), de acordo com a qual a legalidade é uma questão de fato, de correspondência a determinados fatos sociais, logo a validade jurídica não seria uma questão de valor<sup>236</sup>.

O acordo positivista em relação à adoção de alguma tese do fato social não é acompanhado, todavia, pela uniformidade de entendimento com respeito à importância da correção moral para a validade das normas jurídicas. A partir desse critério, extremam-se as doutrinas do positivismo jurídico exclusivo e do positivismo jurídico inclusivo.

O conhecido debate Hart-Dworkin abrirá a possibilidade de uma divisão teórica e metodológica dentro do âmbito do próprio positivismo jurídico, será a divisão entre positivistas inclusivos e positivistas exclusivos<sup>237</sup>. Sendo assim:

*“Essas duas perspectivas representam um avanço considerável no desenvolvimento teórico da doutrina positivista. Isso fica claro ao pensar-se no chamado positivismo inclusivo. Este, conforme se verá especificamente, representará um desenvolvimento da visão do positivismo light de Hart, a ponto de se poder admitir, nessa perspectiva, que a moral pode desempenhar um papel na identificação do próprio direito, conciliando e harmonizando, inclusive, para aos seus adeptos, o positivismo jurídico com o constitucionalismo contemporâneo e, assim, com a perspectiva de uma Constituição principiológica em um Estado Democrático de Direito”*<sup>238</sup>.

Muito se divulga e se discute as propostas pós-positivistas, visto que explicam às adaptações da teoria do direito diante das alterações exigidas por um Estado Constitucional e Democrático de Direito, e pouco se discute sobre as propostas de adaptação do próprio positivismo jurídico a essas novas exigências. A seguir, a discussão teórica entre positivistas inclusivos e positivistas exclusivos será explanada em suas posturas essenciais.

<sup>235</sup> OTT, Walter. *Der Rechtspositivismus*. 2. Auf. Berlin: Duncker und Humblot, 1992, p. 108.

<sup>236</sup> COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. New York: Oxford, 2003, p. 153.

<sup>237</sup> ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a Superação da Perspectiva Positivista do Direito*. p. 97. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia\\_final-2.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 97.

Entretanto, importante ressaltar, que essas possíveis versões do positivismo atual, positivismo inclusivo e positivismo exclusivo, conflitam com a posição que entende existir uma conexão necessária, e, portanto, não contingente ou eventual, entre o direito e a moral, ou seja, conflita com a compreensão do pós-positivismo, desenvolvido por autores considerados não positivistas.

### 3.1 Positivismo Jurídico Exclusivo

A criação do qualificativo exclusivo ao positivismo jurídico deve ser entendido pelo antagonismo que o confronta ao positivismo denominado de inclusivo. Isso porque a tensão entre ambos se dá unicamente pela consideração da moral. Simplificadamente, o positivismo exclusivo sustenta a clivagem absoluta entre o Direito e a Moral, considerando que as determinações do direito nunca podem estar em função de considerações morais. Exclui a moral, portanto, diferentemente do positivismo inclusivo.

Para Escudero o positivismo exclusivo se sustenta no fato de que “a existência e o conteúdo das normas jurídicas podem e devem ser determinados, sempre e em todo caso, com independência de considerações e argumentos de índole moral, nos quais entra em jogo uma instância valorativa”<sup>239</sup>.

O positivismo exclusivo ou restrito, não aceita a incorporação da moral pelo direito e entenderá, portanto, que a validade jurídica de uma norma jamais poderá estar sujeita a considerações e argumentos de índole moral. Joseph Raz, que é um dos principais nomes deste modelo de positivismo, entende que a validade das normas jurídicas está sempre determinada pelos fatos sociais e, portanto, não há qualquer possibilidade de o direito e a moral estarem conceitualmente unidos<sup>240</sup>.

Conforme explica Sheila Stoltz da Silveira, para Raz, as áreas teóricas que despertam maior discussão e controvérsia no conhecimento do direito são a sua identificação, o seu valor moral e o significado dos seus termos. Assim, em uma concepção positivista do direito, a sua identificação refere-se exatamente à tese social ou das fontes sociais do direito. O direito seria, nessa perspectiva, uma questão de fatos sociais. Essa tese separa nitidamente a

---

<sup>239</sup> ESCUDERO, Rafael. *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El Debate sobre la Incorporación de la Moral*. Madrid: Thomson-Civitas. Cuadernos Civitas, 2004, apud DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 42.

<sup>240</sup> ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a Superação da Perspectiva Positivista do Direito*. p. 106. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia\\_final-2.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

descrição do direito de sua valoração, pois requer que o pesquisador do direito deixe de lado as suas considerações valorativas e deônticas e se baseie apenas em considerações que podem ser investigadas e descritas de maneira neutra. A tese moral remete à noção de que o valor moral de uma disposição jurídica ou de um sistema em sua totalidade é apenas uma questão contingente e dependente do conteúdo que o direito abrigue em uma determinada comunidade, não desempenhando, portanto, um papel importante na identificação do próprio direito. Já, os significados dos termos do direito conduzem à tese semântica, que afirma que alguns termos como "deveres" ou mesmo "direito" não podem ser usados com o mesmo significado na dimensão jurídica e moral. No entanto, consoante bem observa a autora, para Raz, é a tese das fontes sociais que efetivamente identifica o positivismo jurídico<sup>241</sup>.

A tese da separação conceitual entre direito e moral implica a tese da separabilidade das normas jurídicas das normas morais, mas não a separação de fato entre direito e moral. Já a tese da separação normativa entre direito e moral, ou simplesmente tese da separação, vai mais além, ao afirmar que em nenhum caso parâmetros morais são relevantes no estabelecimento das normas jurídicas válidas ou na interpretação do direito<sup>242</sup>.

Verifica-se que a teoria do direito de Joseph Raz se baseia na tese da separação normativa entre direito e moral, de modo que todos os elementos morais são excluídos na identificação do direito válido ou na interpretação do direito.

Raz refere-se à sua doutrina como *strong social thesis*<sup>243</sup>, segundo a qual a validade das normas jurídicas depende tão-somente de elementos empíricos, fatos sociais, descartados, portanto, critérios de justiça ou de correção moral. Raz aponta a tese social como mais importante e nega que as outras duas sejam decorrências desta<sup>244</sup>. Sua versão as tese social é tida por ele mesmo como “forte”; pois pressupõe que qualquer teoria completa do direito inclua um teste de identificação do direito; que há um vocabulário suficientemente rico de termos valorativamente neutros; e não exige uma inobservância das intenções e valores morais das pessoas, já que neutralidade valorativa não implica behaviorismo<sup>245</sup>.

O importante para a identificação do direito válido, no positivismo jurídico de Raz, é que ele provenha de quem tem autoridade, seja para o exercício do poder legislativo, seja para

---

<sup>241</sup> SILVEIRA, Sheila Stoltz. El Positivismo Jurídico Exclusivo: Una Introducción a la Teoría de Joseph Raz. *Revista Jurídica - CCJ/FURB*, v. 12, n. 23, pp. 25-43, jan./jun. 2008.

<sup>242</sup> ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares, 2005, p. 18.

<sup>243</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 39-40.

<sup>244</sup> Cf. RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. London: Hutchinson, 1975, p. 162.

<sup>245</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of the Law*, p. 37.

decidir em um processo judicial. Assim, o direito é compreendido como correspondência a um fato social praticado por uma fonte autorizada pelo direito.

Consequentemente, não se estabelecem critérios materiais de validade da norma jurídica, somente critérios formais, de maneira que nenhum conteúdo pode deixar de ser considerado jurídico em razão de argumentos morais<sup>246</sup>. Assim:

*“Nesse senso, por meio da adesão à tese das fontes sociais, a norma será válida por referência à suas fontes sociais e não, pelo seu conteúdo moral ou correção moral. O direito é uma questão de fato (fato ao qual se atribui a capacidade de criar normas jurídicas) e a sua validade depende do fato social de sua criação. As normas adquirem validade pela sua origem formal (sua origem, sua forma de produção ou pedigree) e não por meio de conteúdos ou referências a alguma consideração moral, ainda que se admita que os textos jurídicos contemporâneos (Constituição e leis) a eles façam referência”*<sup>247</sup>.

Se um juiz deve decidir um caso que recai na textura aberta do direito<sup>248</sup>, sua decisão será válida não em razão de sua conformidade com princípios e argumentos morais, mas por que é considerado pelo sistema jurídico como a autoridade competente para aplicar o direito naquela circunstância. O conceito de autoridade está presente, no positivismo jurídico de Raz, quando o destinatário age de acordo com uma norma jurídica porque tem confiança na autoridade, ou dela tem medo, o que se relaciona ao elemento de eficácia social do direito.

Libório Hierro observa que Raz mantém radicalmente a tese da discricionariedade judicial de Hart, visto que, quando o direito autoriza o juiz a decidir discricionariamente, em casos de lacunas ou quando a aplicação das normas se enfrente com uma questão moral relevante, o juiz decidirá o caso de acordo com um raciocínio moral que é alheio ao direito. Nessa hipótese, no entanto, o juiz estará aplicando a moral e não o direito, mas só pode fazê-lo na medida em que o próprio direito o autoriza a tal<sup>249</sup>.

A questão da validade do direito estaria, aqui, vinculada ao tema da natureza autoritativa (a identificação de uma norma como pertencente a um sistema jurídico por estar atribuída a uma pessoa ou Instituição relevante) e dos limites do direito e não a uma questão de deontologia da atuação judicial<sup>250</sup>. Nas palavras de Amélia do Carmo Sampaio Rossi:

---

<sup>246</sup> Nesse sentido, Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 221, “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”.

<sup>247</sup> ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a Superação da Perspectiva Positivista do Direito*. p. 107. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia\\_final-2.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

<sup>248</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2ª ed. New York: Oxford, 1997, p. 128.

<sup>249</sup> HIERRO, Liborio L. Porqué ser Positivista? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, p. 291, 2002.

<sup>250</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: Uma Introdução ao Neoconstitucionalismo e às Formas Atuais do Positivismo Jurídico. In: \_\_\_\_\_; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 43.

*“O direito, então, seria um produto da sociedade que tem o objetivo de regular as relações sociais por meio de atos de caráter institucional criados por órgãos e Instituições responsáveis pela feitura e aplicação do direito. Assim sendo, reconhecem-se os limites do direito, visto que este não pode conter todos os padrões necessários para a resolução das controvérsias, mas tão somente contém aqueles padrões que possuem uma apropriada relação institucional (que se relacionam com as funções das instituições judiciais relevantes). Assim, princípios, por estarem à margem das Instituições, não podem servir de critério de validade das normas jurídicas”<sup>251</sup>.*

Assim definido, o positivismo exclusivo e seus argumentos de sustentação, principalmente pela consideração de uma natureza autoritativa do Direito, que se dá justamente pela separação da moral, se compatibiliza com as três teses essenciais do positivismo jurídico formuladas por Hart, a saber: (1) a tese da separação conceitual entre Direito e moral, (2) a tese das fontes sociais, que sustenta que o Direito necessita de uma prática social que inclua os juízes e todos os cidadãos e (3) a tese da discricionariedade judicial, já que pela imprevisão da totalidade de casos, o juiz tem a possibilidade de ser criador de direitos<sup>252</sup>.

Essas características, ou esse núcleo essencial proposto por Hart, pressupõem uma Teoria do Direito que: a) considera a existência única do direito positivo, refutando completamente o direito natural; b) formata o direito como um conjunto de regras que devem ser emanadas do Estado com respectivas previsões de sanções que garantam sua aplicação coercitivamente pela sociedade; c) opera num sistema fechado, completo e coerente, em que a atividade dos juízes é lógica, posto que toda decisão deve ser deduzida de regras previamente emitidas pelo Estado e d) separa resolutamente, como referido, o direito e a moral, alijando da atividade judicial fatores sociais e regras de cunho moral<sup>253</sup>.

Não resta dúvida, então, que na linha do positivismo jurídico exclusivo é rejeitada a tese da conexão entre direito e moral.

### 3.2 Positivismo Jurídico Inclusivo

Publicada no mesmo ano do Pós-escrito de Hart, *Inclusive Legal Positivism* reúne e aprimora diversos artigos publicados por Wilfrid Waluchow ao longo dos anos 80 e 90.

---

<sup>251</sup> ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a Superação da Perspectiva Positivista do Direito*. pp. 107-108. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia\\_final-2.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

<sup>252</sup> Para uma explicação aprofundada das três teses sustentadas por Hart, consultar a indicação de HART, H. L. A. *El Nuevo Desafío del Positivismo Jurídico*. *Sistema*, n. 36, pp. 3-19, mayo 1990, trazida por DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 33.

<sup>253</sup> Conforme ARNUAD, André-Jean *et. al.* *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociedade do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 607.

Waluchow acolhe algumas sugestões da crítica de Dworkin para completar, explicitar e desenvolver melhor a teoria Hartiana.

O positivismo jurídico inclusivo surgiu como resposta à crítica, feita por Dworkin à teoria de Hart, que diz respeito à incompatibilidade da teoria clássica do positivismo com a realidade dos Estados Constitucionais contemporâneos, nos quais padrões morais plasmados na forma de princípios jurídicos assumem posição central na argumentação e raciocínio jurídico. Esse novo viés do positivismo, chamado de positivismo moderado, incorporacionista ou inclusivo<sup>254</sup>, defende uma releitura das teses do positivismo hartiano. As três teses centrais do positivismo jurídico são tradicionalmente expressas da seguinte forma<sup>255</sup>:

*I. A Tese das Fontes Sociais:* A existência e o conteúdo do direito numa determinada sociedade dependem de um conjunto de fatos sociais, ou seja, de práticas ou ações realizadas pelos membros dessa sociedade.

*II. A Tese da Separação:* A validade jurídica de uma norma (i.e. o fato de que tal norma pertence a um certo sistema jurídico) não requer sua validade moral, e, paralelamente, a validade moral de uma norma não se funda em sua validade jurídica.

*III. A Tese da Discricionariedade:* Normas jurídicas válidas não regulam claramente todos os comportamentos. Dessa forma, quando a lei aplicável a um caso é indeterminada, os juízes detêm um poder discricionário para criar a norma individual que regulará o caso concreto.

A interseção entre as duas correntes, exclusiva e inclusiva, aquilo que justifica colocá-las num mesmo balaio (o positivismo), é a crença de que a validade de uma norma jurídica deve ser vista em referência a fatos sociais, isto é, convenções e práticas humanas, (a chamada tese das fontes sociais do direito)<sup>256</sup>.

O que as distingue é a discordância quanto àquilo que pode ser estipulado pelas convenções da sociedade como critério de validade jurídica<sup>257</sup>. Para os defensores do

---

<sup>254</sup> Cada um dos termos é preferido por diferentes autores, porém, conceitualmente são perfeitamente intercambiáveis. O termo "positivismo moderado" (*soft positivism*) foi cunhado pelo precursor dos debates modernos, H. L. A. Hart. A designação "positivismo incorporacionista" (*incorporatism*) é preferida por Jules Coleman. Por fim, positivismo inclusivo (*inclusive legal positivism*-ILP) é o termo usado por Wilfrid Waluchow e prevalece como o mais usual nos países de língua inglesa.

<sup>255</sup> MORESO, José J. In *Defense of Inclusive Legal Positivism. The Legal Ought*. Turim: Giappichelli, 2001, pp. 37-64.

<sup>256</sup> RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y Moral*. Traducción de Tamayo y Salmorán, Rolando. 2ª ed. México: UNAM, 1985, p. 55. "En términos muy generales la tesis social positivista es que lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales (esto es, la variedad de las tesis sostenidas por los positivistas son diversos refinamientos y elaboraciones de esta gruesa formulación)".

<sup>257</sup> No mesmo sentido ver: COLEMAN, Jules L. *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 107. "If what unites exclusive and inclusive legal positivism is a commitment to the conventionality of the criteria of legality, what distinguishes them is a difference over what can count as a criterion of legality. The exclusive legal positivist claims that all



positivismo inclusivo a moralidade de uma norma *pode*, mas não necessariamente *deve*, ser condição de sua validade. Isso dependerá das práticas de reconhecimento do direito vigentes em determinada sociedade. Já os positivistas excludentes, como visto anteriormente, alegam que mesmo quando são estabelecidos critérios de mérito moral como teste de validade das normas jurídicas, o que ocorre é a delegação para uma autoridade do poder de estabelecer por si própria a validade da norma. A validade, nessa perspectiva, não advém da satisfação ao teste moral, mas do fato de que a autoridade simplesmente considerou a norma válida<sup>258</sup>.

Se observarmos detidamente a divergência, podemos concluir que ela corresponde a uma filigrana interpretativa quanto ao alcance da tese da separação. Na verdade, a tese defendida por positivistas moderados pode ser melhor denominada de tese da *separabilidade*<sup>259</sup> entre o direito e a moral, a ser assim descrita: A validade de uma norma jurídica não depende *necessariamente* de considerações sobre sua validade moral.

Assim, considerar critérios morais para resolver problemas de validade jurídica não é uma necessidade mas sim uma contingência histórica, essa vinculação é considerada possível e não necessária. Nas palavras de Rodrigo de Souza Tavares:

*“A sutil reformulação proposta pelo positivismo inclusivo reside nessa afirmação: A consideração de critérios morais para resolver problemas de validade jurídica é uma contingência histórica, não uma necessidade. Isso faz com que o positivismo incorporacionista aceite uma vinculação entre o direito e a moral sem endossar nenhuma tese de Direito Natural. Essa vinculação é considerada apenas possível e não necessária, como crêem os jusnaturalistas. Sendo assim, a autonomia conceitual do positivismo pode ser mantida, mesmo diante do fato de que os ordenamentos jurídicos contemporâneos, através de suas práticas de reconhecimento do direito, incluem entre seus critérios de validade jurídica padrões de natureza moral. Pode haver, aqui e hoje, pautas substanciais como critério de validade jurídica, mas, para os positivistas inclusivos, nada impede que as coisas ocorram de forma contrária em outro tempo e lugar”*<sup>260</sup>.

---

*criteria of legality must satate social sources. The inclusive legal positivist denies that, and allows that sometimes the morality of a norm can be a condition of its legality. Inclusive. (...) The grounds of the criteria must be a social fact (a convention among oficiais), but the criteria themselves need not state social facts”.*

<sup>258</sup> STRUCHINER, Noel. Algumas "Proposições Fulcrais" Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: CITTADINO, G. (org.); MAIA, A. C. (org.); MELO, C. C. (org.); POGREBINSCHI, T. (org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 410.

<sup>259</sup> Ver: RODÉNAS, Ángeles. Qué Queda del Positivismo Jurídico? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26, p. 447, 2003. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/34698404321292752632457/015793.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2013: “Desde um ponto de vista puramente conceptual, el positivismo se há caracterizado por mantener que no hay una relación necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el que debe ser. Dicho en otros términos, el Derecho y la moral pueden ser independientemente identificados y analizados em sus propios términos, sin dependencias recíprocas. Naturalmente, esta tesis de la separabilidad puede interpretarse de diferente formas, y según el grado de rigidez com que se haga nos encontraremos ante dos versiones diferentes Del positivismo jurídico: el llamado "positivismo excluyente" o "duro" y el "positivismo incluyente" o "blando””. Ver também MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. *The Legal Ought*. Turim: Giappichelli, 2001, p. 40.

<sup>260</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Inclusivo - Uma Análise sobre a Reformulação da Teoria do Positivismo Jurídico Hartiano*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9897/neoconstitucionalismo-e-positivismo-inclusivo>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

Para os teóricos do positivismo jurídico inclusivo, a rejeição da tese da conexão entre direito e moral é de ordem analítica, ou conceitual, mas nada impede que, em uma contingência histórica, critérios morais sejam incorporados a um ordenamento jurídico específico, de maneira que o estabelecimento do direito válido e a realização de sua interpretação passem a depender não apenas de elementos formais de validade, como também de parâmetros substanciais de justiça.

Desse modo, é acertado dizer que o positivismo jurídico inclusivo, como qualquer teoria positivista, pressupõe a tese da separabilidade conceitual entre direito e moral, mas admite a conexão eventual entre direito e moral, a depender de questões de natureza fática, diferenciando-se, por conseguinte, do positivismo jurídico exclusivo, que, conforme anteriormente salientado, não admite qualquer papel desempenhado por normas morais no exame da validade jurídica das normas de um dado ordenamento jurídico.

O pressuposto do assim chamado *soft positivism* entende que a moral pode desempenhar um papel importante no reconhecimento e na validade das normas jurídicas. Nesse sentido, pretende defender e esclarecer que a regra de reconhecimento da teoria hartiana *pode*, mas não necessariamente *deve*, possuir conteúdo moral. Ou seja, é possível que existam também sistemas jurídicos em que a identificação e validez das normas jurídicas passem à margem de qualquer referência à moral. Com isso, a tese da separação entre direito e moral, própria do positivismo, continuaria intacta visto que as relações entre o direito e a moral podem se estabelecer, mas de maneira contingencial e não necessária.

Jules Coleman oferece uma teoria do direito bastante representativa do juspositivismo inclusivo, ao desenvolver a tese da prática social convencional (*conventional social practice*).

Como positivista, Jules Coleman não abre mão da tese do fato social e da separação conceitual entre direito e moral. Influenciado por Hart<sup>261</sup>, procura reafirmar a doutrina da regra de reconhecimento, que é alvo de pesadas críticas levantadas por Ronald Dworkin<sup>262</sup>. Diferencia-se do juspositivismo exclusivo de Raz, ao admitir a possibilidade de que princípios morais sejam incorporados ao ordenamento jurídico, de modo a serem juridicamente vinculantes, razão pela qual sua visão teórica, o juspositivismo inclusivo, também pode ser chamada de incorporacionismo.

---

<sup>261</sup> HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 129 e ss.

<sup>262</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard, 1978, p. 14 e ss.

Verifica-se, assim, que a teoria do direito formulada por Coleman está situada em uma posição intermediária entre o interpretativismo de Ronald Dworkin e a doutrina do positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz<sup>263</sup>.

A tese da convenção social de Coleman é construída na tentativa de fornecer uma resposta adequada para uma das questões mais importantes da filosofia do direito, que é a de saber em que se baseia a autoridade do direito.

A proposta do juspositivismo inclusivo se diferencia das vertentes jusnaturalistas, ao rejeitar a subordinação do direito positivo a normas morais naturais. Extrema-se do positivismo jurídico exclusivo, ao não reduzir a autoridade do direito à mera correspondência de fatos sociais. O elemento distintivo do incorporacionismo jurídico se encontra na inclusão de critérios de moralidade como fundamentos circunstanciais da normatividade do direito positivo.

Dessa maneira, mediante a exploração do conceito prática social convencional<sup>264</sup>, Coleman esclarece que parâmetros morais podem ser reconhecidos na perspectiva interna do direito, precisamente daqueles que se encarregam de interpretar e aplicar o direito institucionalmente, como integrantes da regra de reconhecimento.

Com isso, seria possível a manutenção da tese do fato social, mas sem incorrer em uma versão por demais forte dessa tese, que culmina por excluir a importância de critérios morais para a identificação das normas jurídicas válidas, bem como para a interpretação do direito. Afinal, a autoridade do direito depende de fatos sociais, mas não somente de fatos sociais.

O Positivismo jurídico, assim como o Jusnaturalismo, não deixou de existir, entretanto, nas últimas décadas, vive uma decadência teórico-científica, uma progressiva superação por uma nova doutrina, o pós-positivismo jurídico, paradigma pós-moderno do direito, que ascende aproximando Direito, Justiça e Moral.

### 3.3 Positivismo Ético

É possível estabelecer ainda, dentro da dimensão do desenvolvimento do próprio positivismo jurídico, uma outra tendência teórica, para além da disputa entre positivistas inclusivos e positivistas exclusivos, que opera no sentido de compreender e, portanto,

---

<sup>263</sup> COLEMAN, Jules. Authority and Reason. In: GEORGE, Robert P. (org). *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. New York: Oxford, 2005, p. 288.

<sup>264</sup> *Idem*. *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 77 e ss.

reabilita o positivismo como doutrina adequada a dar conta da realidade atual dos sistemas jurídicos e das necessidades das sociedades hipercomplexas. Tom Campbell, entre outros, pode ser considerado um dos adeptos e também sistematizador das propostas daquilo que se compreende atualmente como positivismo ético.

O positivismo ético pode ser definido como um positivismo que não pretende ser conceitual nem descritivo, mas sim normativo e prescritivo, justamente no sentido de prescrever, através de normas, como deve ser o sistema jurídico. Esse caráter prescritivo é fundamentado em razões sociais e políticas. Por isso que Campbell, citando Guest, sustenta esse positivismo como “*una sub-teoría de una teoría general de la moralidad pública*”<sup>265</sup>. Assim, a tese propõe, genericamente, avaliar a consequência da atividade legislativa e judicial; e, especificamente, buscar o “como deve ser o direito”, para que seja possível definir, secundariamente, como deve ser: a legislação, o papel do juiz, a interpretação e o lugar, inclusive, dos direitos humanos<sup>266</sup>.

Campbell trabalha com a tese da *separabilidade* e não com a tese da *separação*, sustentando que a identificação e aplicação do Direito devem se manter afastadas de juízos morais, ainda que as regras possam fazer referência a crenças morais e até religiosas. Dessa forma, o positivismo ético atuaria diferentemente em relação aos positivismos de caráter descritivo, já que estes introduzem, direta ou indiretamente, critérios morais para definir o direito e suas consequências: o positivismo exclusivo porque, mesmo que pretenda, não consegue afastar a sujeição da moralidade dos juízes, e o positivismo inclusivo porque reclama, de forma direta, a introdução da moral em determinadas regras.

Assim, para o positivismo ético, a função de criação e de aplicação das normas deve manter-se separadas. Nesse sentido a função de aplicação do direito deve ser conduzida, na maior medida possível, livre de juízos de valor. É a retomada da idéia de império da lei, mas como parte de um sistema democrático. Os Estados devem se reger por regras publicamente claras e conhecidas e controlar os cidadãos de acordo com regras que garantam uma certa predicibilidade e liberdade, em suas vidas. As regras ambíguas e pouco claras acabam por transferir autoridade política para os Tribunais decidirem, muitas vezes, de acordo com os

---

<sup>265</sup> CAMPBELL, Tom. El Sentido del Positivismo Jurídico. Tradução de Ángeles Ródenas. *Doxa*, n. 25, p. 309, 2002. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10145/1/doxa25\\_09.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10145/1/doxa25_09.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

<sup>266</sup> Especificamente sobre o positivismo ético em relação aos direitos humanos ver CAMPBELL, Tom. El Sentido Del Positivismo Jurídico (II): El Positivismo Jurídico Prescriptivo como un Derecho Humano. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 22, pp. 27-44, 2004. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10027/1/Doxa\\_27\\_02.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10027/1/Doxa_27_02.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

seus próprios valores. Este é o contexto constitucional de relevância do positivismo ético, o que implica e requer a teoria da separação de Poderes<sup>267</sup>.

A pretensão de Campbell é a formatação de um positivismo ético jurídico que, de forma aberta e bem argumentada, possa criar um “bom” sistema jurídico em que este mesmo positivismo possa buscar aspiração. Para tanto, esse sistema jurídico deve conter regras rapidamente identificáveis, com tal clareza e precisão que possam ser entendidas e aplicadas sem a necessidade de utilização de juízos morais e políticos controvertidos. A construção desse sistema jurídico necessita de uma ética específica tanto para os legisladores, quanto para os aplicadores. Campbell define as “obrigações” de cada um deles, dizendo que “os juízes devem procurar a maximização da atividade governamental constitucionalmente legítima” e devem usar critérios empíricos ou moralmente neutros na identificação e interpretação do direito; já os legisladores, devem fazer leis que possam ser identificadas e interpretadas dessa mesma forma.

Para Campbell, a interpretação dentro do sistema que propõe, consiste em selecionar e aplicar regras válidas, limitando a pretensão corrente dos juízes de estilos expansivos (razão prática irrestrita). Dentro do positivismo ético, os juízes devem identificar regras jurídicas apropriadas de acordo com a regra de reconhecimento politicamente autorizada e aplicar tais regras como fontes legítimas do Direito, tentando evitar a idéia de interpretação como inovação. Insiste no sentido de que as regras contenham, unicamente, um significado contextual evidente, pois acredita que as regras devem ser inteligíveis aos cidadãos e devem definir de maneira clara e simples o que se exige e o que se autoriza. Com relação a este aspecto, o próprio autor detecta algumas lacunas em sua teoria, mencionando a complexidade multicultural e a dificuldade de atingir a clareza pretendida ante a linguagem usual e móvel das sociedades complexas. Como possíveis soluções a essas dificuldades, indica a idéia de “conhecimento do propósito da legislação” e a possibilidade de criação de definições estipulantes (ou termos técnico-jurídicos adequados a necessidades específicas).

De forma bastante original propõe a possibilidade de abstenção de julgamento do juiz quando não exista possibilidade de alcançar esses significados claros dentro das regras. Nesses casos, sugere paliativamente o que chamou de segunda melhor solução, ou seja, até que a mudança legislativa devida seja feita para determinado caso, propõe a utilização da regra que melhor possa resolver o caso até que o legislativo formule a que seja exatamente

---

<sup>267</sup> CAMPBELL, Tom. El Sentido del Positivismo Jurídico. Tradução de Ángeles Ródenas. *Doxa*, n. 25, p. 324, 2002. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10145/1/doxa25\\_09.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10145/1/doxa25_09.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

adequada para o caso. Ainda, não aceita que a regra de reconhecimento seja uma prática judicial, mas sim que derive de uma Constituição política, que deve estar necessariamente fora do sistema jurídico.

Conforme bem observa Campbell, o positivismo ético vai mais além das condutas dos tribunais. Primeiramente é uma teoria que se dirige à forma e à natureza da legislação como fonte preferencial do direito novo. Se as normas não são claras e precisas, em termos das práticas lingüísticas da comunidade á qual se destinam, então os Tribunais pouco podem fazer para a realização do ideal positivista<sup>268</sup>.

Como se pode perceber, o positivismo ético preocupa-se com a correção moral e política da atividade legislativa na criação do direito, é por meio desta que se pode estabelecer um sistema que harmonize segurança jurídica com pretensão de justiça, que necessariamente as normas devem possuir. Aqui se ressalta a necessidade de um sistema preciso e bem delineado, pelo menos o suficiente para impedir, na aplicação das normas, a recorrência a juízos morais e políticos.

O próximo item adentrará a perspectiva pós-positivista, que acredita que os atuais sistemas de direito contemporâneos, em especial, os sistemas constitucionais, operam uma ultrapassagem da perspectiva positivista de compreensão, interpretação e aplicação do direito. Essa ultrapassagem estaria demarcada pela percepção de que a moral desempenha um papel necessário, e não apenas contingente, na identificação do próprio direito.

---

<sup>268</sup> CAMPBELL, Tom. El Sentido del Positivismo Jurídico. Tradução de Ángeles Ródenas. *Doxa*, n. 25, p. 328, 2002. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10145/1/doxa25\\_09.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10145/1/doxa25_09.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

## IV AS TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS E A CONEXÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

Convencionou-se chamar de pós-positivismo jurídico, todas as correntes do pensamento jurídico que combatem na contemporaneidade os alicerces sobre os quais foram estabelecidos o pensamento jurídico tradicional positivista, sem recorrer ao também tradicional jusnaturalismo, propondo outras possibilidades para a Teoria do Direito. Um dos principais pensadores desta corrente é o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin.

Afirma-se que, com o advento teórico do pós-positivismo, “tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante”<sup>269</sup>, verifica-se “a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo”<sup>270</sup>, observa-se a formação de “um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras”<sup>271</sup>.

É interessante apontar que a denominação “pós-positivismo” tem alcançado maior desenvolvimento entre os juristas brasileiros do que em relação à doutrina estrangeira. Naturalmente, o nome “pós-positivismo” não deve ser interpretado no sentido cronológico, já que atualmente se desenvolvem teorias juspositivistas, mas no sentido de superação teórica da doutrina juspositivista. Além disso, a rearticulação entre direito e moral no pós-positivismo não representa um retorno à metafísica, já que não se trata de uma teoria jusnaturalista, mantendo em comum com o jusnaturalismo apenas o jusmoralismo<sup>272</sup>.

Em busca de um critério para a caracterização mais precisa do pensamento teórico pós-positivista, esclarece-se que a “relação entre o direito e a moral é um traço teórico significativo, com o auxílio do qual se podem estabelecer diferenças entre positivismo, jusnaturalismo e pós-positivismo”<sup>273</sup>.

Conforme discutido anteriormente, a tese da separação conceitual entre direito e moral é comum às doutrinas jurídicas positivistas, que abrangem o positivismo exclusivo e o

---

<sup>269</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 265.

<sup>270</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001, pp. 52-53.

<sup>271</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 336.

<sup>272</sup> Com isso, afastam-se as incompreensões que dão origem à discussão dos supostos equívocos do pós-positivismo, conduzida por DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006, p. 47 e ss.

<sup>273</sup> MOTA, Marcel Moraes. *Pós-Positivismo e Restrições de Direitos Fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006, p. 18.

positivismo inclusivo. Sob o prisma jusnaturalista, sustenta-se a subordinação do direito positivo a normas morais naturais.

Na perspectiva do pós-positivismo, da mesma forma como acontece no jusnaturalismo, rejeita-se a tese da separação conceitual entre direito e moral. Ocorre que a relação entre direito e moral não pressupõe a crença na subordinação do direito positivo à normas naturais superiores. Para as teorias pós-positivistas, é prescindível a tese metafísica sobre a existência de normas jurídicas imutáveis, válidas para todos os tempos e todos os lugares. Diferenciam-se, portanto, as teorias do pós-positivismo das teorias jusnaturalistas.

As contribuições do pós-positivismo e do positivismo jurídico inclusivo têm em comum a afirmação de que elementos morais podem ser juridicamente exigíveis para o estabelecimento de normas jurídicas válidas, assim como para a interpretação judicial do direito. O que distingue a orientação pós-positivista da proposta teórica do positivismo inclusivo é o caráter que se dá à conexão entre direito e moral, no que diz respeito à argumentação relativa às normas válidas e ao processo de aplicação do direito. Como se destacou anteriormente, a doutrina do positivismo jurídico inclusivo admite apenas que a conexão entre direito e moral é contingente, variável de acordo com circunstâncias empíricas, de modo que esse inter-relacionamento pode ocorrer em alguns ordenamentos jurídicos, mas em outros não. O pós-positivismo dá um passo a mais, na medida em que considera que a relação entre direito e moral é conceitualmente necessária, verificando-se em qualquer sistema jurídico.

Desse modo, seguindo-se a linha teórica do pós-positivismo, a correção moral é um dos elementos do conceito de direito, o que implica afirmar que toda norma jurídica moralmente relevante deve ser justificável com base em critérios de racionalidade prática. Assim, a exigência de justiça é considerada como inafastável no âmbito da argumentação jurídica, o que sem dúvida envolve a interpretação judicial do direito.

Robert Alexy refere-se à contraposição entre teorias positivistas e não-positivistas<sup>274</sup>. Adotando-se a classificação entre teorias positivistas e não-positivistas, a teoria do direito de Alexy se caracteriza como não-positivista. Como sua teoria não pressupõe a subordinação do direito positivo a normas de direito natural, é correto dizer que se trata de um representante da corrente pós-positivista.

---

<sup>274</sup> ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Auf. München: Karl Alber Freiburg, 2005, p. 15.



Na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, explica-se a abertura do direito em relação à moral proporcionada pelas normas *jusfundamentais*<sup>275</sup>. Ademais, o referido autor sustenta que a correção moral é um dos elementos do conceito de direito<sup>276</sup>. Justifica a tese da conexão conceitual entre direito e moral com o argumento da pretensão de correção do direito<sup>277</sup>.

Para Robert Alexy há uma conexão necessária e conceitual entre moral e direito. Para o autor, em uma concepção não positivista do direito o conceito de direito deve ser definido de maneira a conter elementos morais. Segundo Alexy as teorias não positivistas não excluem em momento algum, do conceito de direito, os elementos de legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, mas, por outro lado, acabam por acrescentar a este também elementos morais, ou seja, a correção material de seu conteúdo<sup>278</sup>. Para Alexy todo sistema jurídico carrega em si uma pretensão de correção ou de justiça, sem a qual ele não pode ser identificado como jurídico.

Assim, para Alexy a “pretensão de correção é um elemento [conceitualmente] necessário do conceito de Direito”<sup>279</sup> (argumento da necessidade conceitual) e as normas ou sistemas jurídicos extremamente injustos não são Direito (o argumento da necessidade normativa).

A exemplo de Alexy, Ronald Dworkin também pode ser classificado como representante da perspectiva teórica pós-positivista, por não ser *jusnaturalista* e defender a abertura do direito em relação à moral do ponto de vista conceitual, o que se justifica com base em sua teoria dos princípios, de maneira que Coleman e Raz não escapam de suas críticas<sup>280</sup>.

Os influxos do pós-positivismo para a compreensão da relação entre direito constitucional e moralidade política são claros, já que se trata de uma abordagem teórica que fundamenta a tese da conexão conceitual entre direito e moral.

Importa destacar que as normas constitucionais servem de arcabouço para a construção de uma concepção de justiça constitucional. Assim, todas as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com a moralidade constitucional. Caso haja normas que afrontem as exigências de justiça constitucional, é possível que seja reconhecida a invalidade dessas

---

<sup>275</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Surkamp, 1994, p. 494.

<sup>276</sup> *Idem*. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Auf. München: Karl Alber Freiburg, 2005, p. 201.

<sup>277</sup> *Idem*. *Recht und Richtigkeit*. In: KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; WRIGHT, Georg Henrik von (Org). *The Reasonable as Rational?: On Legal Argumentation and Justification*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 3 e ss.

<sup>278</sup> *Idem*. *Conceito e Validade de Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 5.

<sup>279</sup> *Idem*. *Begriff und Geltung des Rechts*. Alber: Alber, 2002, p. 34.

<sup>280</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 234 e ss.

normas jurídicas, embora não se possa sustentar que toda norma jurídica injusta seja juridicamente inválida, por razões de segurança jurídica.

## 1. A Vinculação Necessária entre Direito e Moral no Pensamento de Dworkin

Ronald Dworkin tem se destacado com um pensamento original e, conforme opinião de Wolkmer<sup>281</sup>, é um dos principais jusfilósofos que desenvolve críticas relevantes ao liberalismo utilitarista e ao positivismo jurídico contemporâneo, principalmente na versão dada a esta teoria pelo professor Herbert Hart.

Para muitos autores Dworkin é considerado como um “neojusnaturalista” pois afirmam que sua teoria é uma das que demonstra o enfraquecimento da dicotomia “jusnaturalismo” e positivismo jurídico<sup>282</sup>. Para outros, Dworkin é responsável por criar uma terceira teoria do direito, onde a primeira e a segunda seriam o positivismo jurídico e o jusnaturalismo<sup>283</sup>.

O professor Ronald Dworkin, defende a ideia de uma fusão entre Direito e Moral, dizendo, contrariamente a Hart, que as regras morais e as regras jurídicas pertencem a um mesmo ordenamento.

O distanciamento da perspectiva positivista, em termos não jusnaturalistas<sup>284</sup> acontece a partir do momento em que Dworkin consegue demonstrar que o sistema jurídico não se

---

<sup>281</sup> WOLKMER, Antonio C. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

<sup>282</sup> DMITRUK, Erika Juliana. O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin. *Revista Jurídica da UniFil*, ano IV, n. 4, p. 145, 2007. Disponível em: <[http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica\\_04-11.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-11.pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2013.

<sup>283</sup> Nesse sentido, FALLON JR., Richard H. Reflections on Dworkin and the Two Faces of Law. *Notre Dame Law Review*, n. 67, p. 553, 1992: “Through its various iterations, Dworkin’s third theory has attempted to bridge the gap between the two traditional theories. With the positivists, Dworkin has accepted that the concept of law makes sense only in reference to going legal systems; to know what the law is, it is necessary to begin with the materials that are recognized as law in a particular culture. Dworkin leaves room to accommodate the natural law view, however, by insisting that the materials that are recognized as authoritative within any legal system—the rules and standards that positivists have traditionally regarded as exhaustive of law—must always be interpreted. For interpretation, according to Dworkin, has an irreducibly moral element; the relevant materials must be interpreted in their best moral light. Dworkin thus sides with natural law theorists in recognizing a conceptual link between law and morals. Building on this foundation, he has further asserted that legal interpretation necessarily aspires to provide a moral justification for the law’s claim to obedience. He implies that a regime that was incapable of generating at least a presumptive, general duty to obey the law would not count as a properly “legal” system at all, but only as a scheme of organized coercion”.

<sup>284</sup> Neste sentido: CALSAMIGLIA, Albert. Por que É Importante Dworkin? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 2, pp. 159-165, 1985. Acesso em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10999/1/Doxa2\\_10.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10999/1/Doxa2_10.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2013. Calsamiglia entende que Dworkin se coloca em uma posição intermediária entre o positivismo e o jusnaturalismo, visto que critica a inoperância do positivismo jurídico perante a realidade dos princípios e diretrizes, mas não se inclina pelo jusnaturalismo em função de que os princípios não podem ser

constitui apenas em um complexo de regras primárias e secundárias, mas que, para, além disso, incorpora padrões outros que são os chamados princípios jurídicos. Estes, por sua vez, acabam estabelecendo um importante elo entre a moral e o direito (já que estes são considerados padrões que indicam a exigência de justiça ou equidade), o que resultará na defasagem da tese positivista da separação entre moral e o direito e, conseqüentemente, na idéia de neutralidade, ambas incapazes de dar explicação adequada a esta nova realidade do direito.

Ronald Dworkin formulou a teoria da Integridade no Direito, apontando haver um valor moral no respeito à integridade e à coerência em um sistema jurídico. Aponta Dworkin a necessidade do Direito manter uma concepção coerente que reflita os valores da comunidade política. Trata-se da noção de fidelidade a um sistema de princípios, segundo a qual cada cidadão tem a responsabilidade de identificar e se manter fiel ao sistema de princípios e valores da comunidade a qual pertence<sup>285</sup>.

Essa ideia de fusão entre Direito e Moral é levada por Dworkin ao âmbito dos tribunais. Afirma ele que o juiz, ao analisar um caso, sempre desenvolve um processo de interpretação da lei e de subsunção do caso concreto a ela. A tomada de decisão pelo juiz se dá segundo o Direito; portanto, em não havendo lei alguma que possa estabelecer uma solução ao caso, o aplicador não tem, segundo Dworkin, um poder discricionário para criar uma lei no momento da análise do caso, posição que se contrapõe à de Hart<sup>286</sup>, que admitia a existência de um tal poder. Não há essa discricionariedade justamente porque o juiz nunca precisará extrapolar o Direito para proferir suas decisões. Se não obtiver a resposta nas leis, obtê-las-á na Moral.

Um outro ponto de divergência de Dworkin com relação a Hart é aquele quanto à moralidade relacionada às normas. Enquanto este afirma que as normas injustas são, mesmo assim, válidas, aquele, pensando consoante a sua tese de fusão entre Moral e Direito, acredita serem inválidas as normas injustas<sup>287</sup>. Em outras palavras, para Dworkin, a moralidade condiciona a validade das normas; não lhes confere apenas sentido, como sustenta o outro jusfilósofo.

---

codificados ou estabelecidos de uma vez por todas, pois são dinâmicos e mudam com a sociedade e, portanto, não se aproximam da idéia metafísica de existência de princípios imutáveis e universais.

<sup>285</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 231 e pp. 271-272.

<sup>286</sup> HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 351-356.

<sup>287</sup> Em sentido análogo, Kelsen, Hans. *O Problema da Justiça*. Tradução João Batista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 10, (e) afirma que, "do ponto de vista de uma norma de justiça considerada como válida, uma norma do direito positivo que não lhe seja conforme é inválida"; em *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 585, dispara que "[...] as circunstâncias podem ser julgadas do ponto de vista jurídico ou do moral, mas o julgamento a partir de um ponto de vista exclui o outro". Em suma, para Kelsen, uma norma só pode ser analisada no sentido válida-inválida ou justa-injusta, e não justa-válida ou injusta-inválida, porquanto uma ordem exclui a outra. Não se podem considerar válidas as duas ordens concomitantemente.

A conexão entre direito e moral em ambos os autores aqui estudados se dá em sentidos distintos. Para Hart, por exemplo, a moral pode fazer parte do direito não como justificação, mas como identificação, porém, não necessariamente. Isso significa que a moral não é relevante para a identificação do direito. No entanto, para Dworkin o argumento jurídico é inteiramente moral; isso significa que o direito é justificado e identificado moralmente.

## **2. Avaliação Crítica das Perspectivas Positivistas e Pós-Positivistas**

O exame das teorias do direito jusnaturalistas, positivistas e pós-positivistas permitiu constatar que a importância dos elementos morais para a construção das normas jurídicas válidas é objeto de acesa disputa teórica.

Jusnaturalistas e pós-positivistas seguem uma posição moralista, tendo em vista que defendem a tese da conexão conceitual entre direito e moral. Entre os juspositivistas, há consenso quanto à rejeição da tese da conexão conceitual entre direito e moral, todavia os representantes do juspositivismo inclusivo destoam dos consecutórios do juspositivismo exclusivo, porque admitem a incorporação de parâmetros morais pelo sistema jurídico, que são relevantes para a validade das normas jurídicas.

É preciso saber qual teoria do direito oferece a explicação mais adequada em relação ao papel desempenhado pela moralidade no direito positivo, a fim de que se possa, por exemplo, investigar as relações entre direito constitucional e moralidade política, as quais são pertinentes aos direitos fundamentais.

A aceitação das doutrinas jusnaturalistas é bastante problemática, em razão da assunção metafísica da existência de normas jurídicas que sejam imutáveis no tempo e no espaço, às quais se deve subordinar o direito positivo.

De acordo com a discussão ética atual, encontra-se superado o modelo de legitimação do direito positivo a partir de um suposto direito natural substantivo. O conteúdo de quaisquer normas jurídicas e morais só será legítimo caso decorra de um discurso regido por regras racionais.

Substitui-se, dessa maneira, o recurso a normas morais substantivas naturais pela legitimação derivada da interação racional balizada pelas regras do discurso, o que se coaduna com o pluralismo das sociedades democráticas contemporâneas<sup>288</sup>.

---

<sup>288</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 340.

Além disso, as teorias do direito natural falham ao oferecer um modelo de explicação da relação entre direito positivo e argumentos morais, porque sustentam a subordinação do direito positivo a normas morais.

No âmbito do pós-positivismo, ocorre a revalorização da racionalidade prática, o que dá lugar ao desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica. Observa-se que uma das funções de uma teoria da argumentação jurídica é precisamente oferecer explicação adequada sobre a relação entre argumentos jurídicos e argumentos morais.

Robert Alexy esclarece que a tese de que a argumentação jurídica é um caso especial de argumentação moral admite três interpretações possíveis: tese da secundariedade (*Sekundaritätsthese*), tese da adição (*Additionsthese*) e tese da integração (*Integrationsthese*)<sup>289</sup>.

De acordo com a tese da secundariedade, ou tese da subsidiariedade, a argumentação jurídica serve apenas como legitimação secundária dos resultados obtidos pelo discurso prático geral, ou discurso moral. Nesse modelo, portanto, o decisivo é o discurso moral, ocupando posição meramente subsidiária a argumentação jurídica, o que equivale afirmar a subordinação da argumentação jurídica à argumentação moral, em termos que se assemelham a uma proposta jusnaturalista.

Pela tese da adição, rejeita-se o papel secundário da argumentação jurídica. Nos termos dessa tese, recorrer-se-ia à argumentação moral somente naqueles casos em que a argumentação jurídica não estivesse disponível. Assim, a argumentação jurídica ocuparia posição central no discurso jurídico, já os argumentos morais serviriam de mera adição, com função de complementação.

Na verdade, a tese mais adequada para explicar a relação entre argumentos jurídicos e argumentos morais é a tese da integração, segundo a qual no discurso jurídico os argumentos jurídicos estão entrelaçados com argumentos morais. Dessa maneira, não há que se falar em subordinação, tampouco em mera complementação.

A superação das doutrinas jurídicas positivistas ocorre pela afirmação de posições teóricas jusmoralistas, que não se confundem com as perspectivas jusnaturalistas. Em conformidade com o moralismo jurídico, que se enquadra na perspectiva pós-positivista, a correção moral é um dos elementos do conceito de direito.

---

<sup>289</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation: Die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 38.

Para que se fundamente a superioridade teórica de uma teoria do direito pós-positivista em face das doutrinas juspositivistas, é necessário que se desenvolva uma argumentação capaz de evidenciar o caráter necessário da conexão entre direito e moral.

Em consonância com uma ontologia jurídica não-positivista, identificam-se três elementos que compõe o conceito de direito: legalidade conforme ao ordenamento (*ordnungsgemäße Gesetztheit*), eficácia social (*soziale Wirksamkeit*) e correção material (*inhaltliche Richtigkeit*)<sup>290</sup>. Positivistas e não-positivistas estão de acordo quanto à necessidade dos dois primeiros elementos, ainda que sejam possíveis diversas interpretações, verificando-se a controvérsia quanto ao caráter necessário do último elemento.

A pesquisa sobre os elementos do conceito de direito está associada à investigação acerca dos conceitos de validade do direito. Corresponde ao elemento da legalidade conforme ao ordenamento o conceito jurídico de validade. A eficácia social do direito relaciona-se ao conceito de validade social do direito. A correção material serve de critério para aferir a validade moral de uma norma jurídica, o que conduz ao problema da justiça das normas jurídicas.

Caso se reconheça como necessária a conexão conceitual entre direito e moral, está claro que uma norma jurídica injusta será uma norma jurídica defeituosa. A questão mais relevante reside em saber se uma norma jurídica moralmente incorreta, ou simplesmente injusta, será juridicamente inválida.

Gustav Radbruch sustenta que o direito apresenta os valores da segurança jurídica, da justiça e da utilidade (*Zweckmässigkeit*). Com isso, critica-se a ideia sustentada por alguns juspositivistas, segundo a qual o valor da segurança jurídica seria o único ou o mais importante dos valores jurídicos. Na verdade, o valor da segurança jurídica não deve ser considerado isoladamente, porquanto serve de meio para o atendimento dos valores da justiça e da utilidade para o bem comum<sup>291</sup>.

Com relação ao conflito entre segurança jurídica e justiça, Radbruch estabelece uma fórmula que visa a preservar ambos os valores envolvidos. Uma norma jurídica injusta, ou que não servisse ao bem comum, em princípio não perderia sua validade jurídica. Apenas nos casos em que a injustiça de uma norma jurídica fosse insuportável (*unerträglich*), é que a norma em questão deixaria de ser juridicamente válida<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Auf. München: Karl Alber Freiburg, 2005, p. 29.

<sup>291</sup> RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Auf. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, pp. 215-216.

<sup>292</sup> RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Auf. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 216.

Alexy ressalta que a fórmula de Radbruch deve ser compreendida na perspectiva do participante (*Teilnehmerperspective*) do sistema jurídico, daquele que nele atua, a exemplo do juiz<sup>293</sup>.

Examinando-se a pretensão de correção levantada pelos participantes do sistema jurídico, é possível sustentar a tese da conexão conceitual entre direito e moral. Uma vez que fique evidenciado o caráter necessário da correção material do direito, supera-se a doutrina do juspositivismo inclusivo, pela qual a incorporação de elementos morais pelo sistema jurídico é uma questão meramente empírica. Se o argumento da pretensão for bom o bastante, não restará dúvida sobre a melhor capacidade do pós-positivismo de oferecer uma compreensão adequada da ontologia jurídica em comparação às tentativas de cunho juspositivista.

O argumento de Alexy sobre a pretensão de correção do direito é de natureza pragmático-transcendental. Sua estratégia consiste em identificar algo que é necessário, para posteriormente explicitar-lhe as implicações. Qualquer afirmação que seja contraditória com essas implicações será absurda, já que contrariam aquilo que decorre do que é necessário.

Constata-se que a ação linguística de afirmar algo é um elemento inseparável da existência humana, pelo menos em condições normais de civilização. Em condições racionais, o ato de afirmar algo requer do sujeito que seja capaz de fundamentar sua afirmação, bem como faz-se acompanhar pela expectativa de que os destinatários reconheçam que aquilo que se disse é correto.

Alexy sustenta precisamente que o direito, através de pessoas, formula uma pretensão de correção. O exemplo do juiz é paradigmático, já que levanta uma pretensão de correção objetiva, que não depende de sua vontade, mas decorre da função que exerce<sup>294</sup>.

Considere-se, por exemplo, uma sentença que afirme que o acusado, em razão de uma interpretação equivocada do direito vigente, resulta condenado a cumprir determinada pena. Claramente, trata-se de uma sentença absurda<sup>295</sup>.

O motivo para esse absurdo, conforme esclarece Alexy, não é meramente convencional, mas é de ordem conceitual. Todas as sentenças, como as ações linguísticas de afirmação, possuem pretensão de correção, garantia de fundamentação e expectativa de reconhecimento pelos destinatários. Caso uma sentença vá de encontro a esses elementos, surge uma contradição performativa.

---

<sup>293</sup> ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Auf. München: Karl Alber Freiburg, 2005, p. 63 e ss.

<sup>294</sup> *Idem*. Recht und Richtigkeit. In: KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; WRIGHT, Georg Henrik von (org.). *The Reasonable as Rational?: On Legal Argumentation and Justification*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, pp. 4-5.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 10.

Seguindo-se essa linha de raciocínio, seria absurda uma disposição constitucional nos seguintes termos: “A República tal constitui-se em um Estado em que a tributação injusta é permitida”. O absurdo consiste, como é claro, na contradição performativa com a pretensão de correção que é levantada pelos textos normativos.

Levando-se em consideração que a correção jurídica inclui a correção moral<sup>296</sup>, a pretensão de justiça se incorpora ao conceito de direito. Consequentemente, as perspectivas juspositivistas não se revelam adequadas para abarcar todos os elementos que integram o conceito de direito.

Dessa maneira, a perspectiva pós-positivista possui vantagens teóricas e práticas. Possui vantagens do ponto de vista teórico, porque faz compreender de um modo adequado a relação conceitual entre direito e moral. Sob o prisma prática, trata-se de perspectiva superior, porque evidencia corretamente a importância da utilização de elementos morais na argumentação jurídica desenvolvida pelos participantes do sistema jurídico.

---

<sup>296</sup> ALEXY, Robert. Recht und Richtigkeit. In: KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; WRIGHT, Georg Henrik von (org.). *The Reasonable as Rational?: On Legal Argumentation and Justification*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 14.



## CONCLUSÃO

A presente pesquisa procurou explicar a relação existente entre o Direito e a Moral nas teorias positivistas e pós-positivistas. Logo de início, salientou a relação e a diferença existente entre o Direito e a Moral, sendo este um dos problemas mais difíceis da Filosofia Jurídica. Na análise dos aspectos que diferenciam o Direito e a Moral foi limitado alguns pontos de referência essenciais, inclusive, pelo papel que desempenham no processo histórico. Ao final deste primeiro capítulo podemos concluir que Direito e Moral devem ser considerados como bastante próximos e secantes em alguns pontos, mas também como duas existências distintas na atividade cultural humana. O Direito faz parte da cultura de um povo assim como a Moral, e ambos são mutáveis de acordo com a sociedade que consideremos.

A relação entre direito e moral, tema fundamental para a compreensão da ontologia jurídica, dá lugar a diversas contribuições teóricas, que podem ser agrupadas em teorias do direito natural, teorias positivistas e pós-positivistas.

Abordamos as teorias do jusnaturalismo, visto que este se caracteriza como um prolegômeno histórico à tese da separação entre direito e moral. As teorias jusnaturalistas, predicam-se duas ordens jurídicas, a natural e a positiva. O direito natural seria uma ordem jurídica transcendente, metafísica, que serviria de parâmetro moral, ao qual deve subordinar-se o direito positivo. Muito embora existam diferenças entre as diversas teorias jusnaturalistas, é possível afirmar que encontra-se em todas elas uma íntima relação entre direito e moral, fundamentalmente porque o direito que é aplicado na perspectiva jusnaturalista não se contenta em buscar a solução para o caso concreto apenas na letra da lei, socorrendo-se, portanto, em outros argumentos que não a lei. Ao procurar amparo em um direito supralegal ou metalegal, a corrente jusnaturalista do pensamento encontra-se com a moral.

As teorias juspositivistas rejeitam a tese do dualismo jurídico, vez que sustentam que todo o direito é direito positivo. Contudo, há discordâncias internas sobre o papel da

moralidade na reconstrução do direito válido, o que enseja a classificação entre positivismo exclusivo e positivismo inclusivo.

Consoante a doutrina do positivismo jurídico exclusivo, rejeita-se a relação conceitualmente necessária entre direito e moral. Além disso, afirma-se que a interpretação e aplicação do direito não incorporam elementos morais. Destaca-se a noção de autoridade, deslocando-se o problema da racionalidade prática da argumentação jurídica.

Para os representantes do positivismo jurídico inclusivo, a separação conceitual entre direito e moral não se faz a acompanhar da afirmação de que os elementos morais, do ponto de vista fático, não são relevantes para a reconstrução do direito válido. Sustenta-se, nessa perspectiva, a tese incorporacionista, conforme a qual a moralidade poderá, de maneira contingente, ser relevante para a determinação das posições jurídicas.

Verifica-se que o espectro de teorias do direito não se resume às vertentes jusnaturalistas e juspositivistas. Devem ser mencionadas as teorias pós-positivistas.

Em comum com as perspectivas jusnaturalistas, as teses pós-positivistas afirmam a importância da moralidade para a compreensão do conceito de direito. Rejeita-se, porém, a tese da subordinação conceitual, bem como a afirmação metafísica do direito natural.

Pós-positivistas aproximam-se dos positivistas pela rejeição da dualidade de ordens jurídicas. Seguidores do positivismo jurídico inclusivo sustentam que é possível a incorporação de elementos morais no sistema jurídico. Na perspectiva pós-positivista, essa afirmação é tomada como insuficiente, já que se afirma a conexão conceitual entre direito e moral.

As profundas transformações ocorridas no mundo de hoje, aumentam a exigência por um olhar renovado sobre o fenômeno jurídico. O positivismo jurídico tradicional, e mesmo sua versão mais avançada, tem se mostrado cada vez mais insuficiente para atender às novas demandas de uma sociedade global, plural e complexa. Na sociedade atual, complicada e contraditória, as multiplicações de necessidades, o reconhecimento de novos direitos, a convivência paradoxal entre produtividade do capital e o aumento do desemprego, interação social e proliferação de códigos e multiplicidades culturais, a sofisticação tecnocultural e aumento da miséria e da exclusão, entre tantos outros entrecruzamentos possíveis, entre outros motivos, pela aceleração histórica produzida pela globalização, mostram que já não podemos olhar o novo com as mesmas lentes de outrora.

As teorias pós-positivistas mostram-se então adequadas – e porque não dizer, essenciais – visto que tentam estabelecer um novo olhar, dando importância especial aos problemas da determinação do direito e as relações intrínsecas entre o direito e a moral. O pós-positivismo

entende haver uma relação necessária entre direito e moral sendo que esta, embora não se confunda com o direito, mantém com o mesmo uma permanente e estreita relação.

As Constituições contemporâneas, ao incorporarem princípios abstratos, como normas jurídico-constitucionais, operam de maneira inexorável esta conexão entre o direito e a moral. Assim a constitucionalização de princípios ou constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, estruturam esta nova perspectiva que impede a necessidade de deixar-se a mentalidade do positivismo jurídico para trás, sem deixar de reconhecer a importância e os avanços que tal teoria construiu e desenvolveu até aqui.

Não se trata, portanto, de afirmar equivocadamente, o abandono do direito positivo, não se chegaria ao reconhecimento deste novo tempo do direito sem a construção e o desenvolvimento das tensões passadas, mas sim, o abandono da mentalidade que estruturou o desenvolvimento jurídico positivismo. O abandono da prevalência da forma em relação ao conteúdo, da prevalência da descrição em detrimento da prescrição, da idéia de que o que o “direito é” é diferente do que o “direito deve ser”, sem ter que para isso abrir-se mão da possibilidade de crítica ao direito. A compreensão da exigência de neutralidade científica ficou, inexoravelmente, no século XIX, quiçá XX. O abandono, enfim, da condição de isolamento da ciência do direito para com os demais saberes e, em especial, para com a sociologia, a política e a filosofia.

O que temos hoje, na verdade, é uma situação de intenso e vívido debate conceitual acerca do tema, que além de fixar os parâmetros de discussão e o próprio objeto de trabalho da ciência jurídica, demonstra, mais do que nunca, sua importância prática na resolução das questões concretas trazidas aos Tribunais, uma vez que define a amplitude de bases e teses argumentativas que são admitidas como razão de decidir. Hoje a necessidade é a de que exista uma ciência do direito comprometida com a realização de determinados fins de concretização dos direitos fundamentais. A ciência com a consciência da permanente tensão constitutiva e produtiva entre a esfera do sujeito versus esfera do objeto, razão *versus* paixão, o público *versus* privado, liberdade *versus* igualdade, forma *versus* conteúdo, substancialismo *versus* procedimentalismo.

Com base no argumento da pretensão de correção, encontra-se arcabouço teórico consistente de fundamentação da preferência pela perspectiva pós-positivista, onde existe uma conexão entre o direito e a moral. O “direito que é” é o “direito que deve ser” comprometido com a concretização dos direitos fundamentais. Acreditamos que o direito serve para tal e deixa de sê-lo quando perde este propósito que o legitima.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Auf. München: Karl Alber Freiburg, 2005.

\_\_\_\_\_. *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares, 2005.

\_\_\_\_\_. Recht und Richtigkeit. In: KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; WRIGHT, Georg Henrik von (org.). *The Reasonable as Rational?: On Legal Argumentation and Justification*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000.

\_\_\_\_\_. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Surkamp, 1994.

ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. Jusnaturalismo Medieval e Direitos Humanos: Reflexões sobre o Direito em Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham. *Revista CEPPG*, n. 20, pp. 89-102, 1/2009. ISSN 1517-8471. Disponível em: <[http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/dd1fdf35c2337f6960aa9aa81ee5caff.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/dd1fdf35c2337f6960aa9aa81ee5caff.pdf)>. Acesso em: 29 jun. 2013.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2005. vol. 4.

ARNUAD, André-Jean et. al. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociedade do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e A Construção do Novo Modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BLOCH, Ernest. Christian Thomasio, un Intelectual Alemán Sin Miseria. In: \_\_\_\_\_. *Derecho Natural y Dignidad Humana*. Tradução Espanhola de Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1980, pp. 300-301.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: UNESP, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 2006.

\_\_\_\_\_. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo: Brasiliense. Primeira Parte: O modelo jusnaturalista. (1979 [1986]), p. 13. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/terceiros/cursos/09.Bobbio.O\\_modelo\\_jusnaturalista.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/terceiros/cursos/09.Bobbio.O_modelo_jusnaturalista.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a Humanidade: Uma Antologia de Ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O Significado Perdido da Função de Julgar*. São Paulo, 1990. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

CALSAMIGLIA, Albert. Por que És Importante Dworkin? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 2, pp. 159-165, 1985. Acesso em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10999/1/Doxa2\\_10.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10999/1/Doxa2_10.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

CAMPBELL, Tom. *El Sentido del Positivismo Jurídico*. Tradução de Ángeles Ródenas. *Doxa*, n. 25, p. 303-331, 2002. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/1/doxa25\\_09.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/1/doxa25_09.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione alla Filosofia del Diritto*. Roma: Laterza, 2004.

CICERO, Marco Túlio. *Da República*. São Paulo: Edipro Edições Profissionais, 1996.

COLEMAN, Jules. Authority and Reason. In: GEORGE, Robert P. (Org). *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. New York: Oxford, 2005.

\_\_\_\_\_. *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DMITRUK, Erika Juliana. O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin. *Revista Jurídica da UniFil*, ano IV, n. 4, p. 145. Disponível em: <[http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica\\_04-11.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-11.pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2013.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Positivismo, Moralismo e Pragmatismo na Interpretação do Direitoconstitucional. *Revista dos Tribunais*, v. 769, pp. 11-27, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: Uma Introdução ao Neoconstitucionalismo e às Formas Atuais do Positivismo Jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard, 1978.

FALLON JR., Richard H. Reflections on Dworkin and the Two Faces of Law. *Notre Dame Law Review*, n. 67, pp. 553-85, 1992.

FASSÓ, Guido. “Jusnaturalismo” In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale *et. al.* 5ª ed. Brasília: Editora UNB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. vol. I. pp. 655-660.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. Por que Ler Kelsen Hoje. *O Estado de São Paulo*, n. 73, ano II, 1 nov. 1981. pp. 12-13.

\_\_\_\_\_. *Pressupostos Filosóficos para a Concepção de Sistema no Direito Segundo Emil Lask*. Tese Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor. São Paulo: 1970.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. El Iusnaturalismo. In: \_\_\_\_\_; CASTRO CID, Benito de. *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*. 3ª ed. Madrid: Universitas, 2001, p. 484.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

GARCIA, Marcos Leite. A Histórica Distinção entre Ética Pública e Ética Privada e sua Incidência na Construção do Conceito dos Direitos Fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 8, pp. 328-329, jul./dez. 2006.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Sobre Direitos Humanos na Era da Bio-Política*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2008000200002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200002)>. Acesso em: 13 jun. 2013.

GEORGE, Robert P. *In Defense of Natural Law*. New York: Oxford, 2004.

\_\_\_\_\_. *Kelsen and Aquinas on the Natural Law Doctrine*. In: GOYETTE, John, LATKOVIC, Mark S.; MYERS, Richard S. *St. Thomas Aquinas & The Natural Law Tradition: Contemporary Perspectives*. Washington: The Catholic University of America Press, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. *The Concept of Law*. 2ª ed. New York: Oxford, 1997.

\_\_\_\_\_. Ensaio 2: O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral. In: \_\_\_\_\_. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*. 3ª ed. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

HIERRO, Liborio L. Porqué ser Positivista? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, pp. 263-302, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

INÁCIO, Nildo. As Consequências do Paradigma da Modernidade na Aplicação do Direito: A Neutralidade Jurídica. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIDAVI*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/2012/06/as-consequencias-do-paradigma-da-modernidade-na-aplicacao-do-direito-a-neutralidade-juridica/>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução, Introdução e Notas de Valério Rohden baseada na ed. Original de 1788. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Doutrina do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1993.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

\_\_\_\_\_. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. 8ª ed. Tradução de M. García Morente. Madrid: Espasa-Calpe, 1983.

\_\_\_\_\_. *Crítica da Razão Pura - Os Pensadores - Vol. I*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia Del Derecho*. 2ª ed. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1999.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Tradução João Batista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. *O Que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LISSKA, Anthony. *Aquina's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lime; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, W. F.; DOS SANTOS, Eduardo. R. *Métodos Paradigmáticos de Interpretação do Direito: Uma investigação Histórica*. In: I CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. Belo Horizonte: AMPD, 2010.

LUCENA, André Queiroz de. *Ditames da Reta Razão: Estado de Natureza e Sociabilidade em Pufendorf*. Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/andreLucena118-133.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2013.

LYRA FILHO, Roberto. *O Que é Direito*. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

MARINHO, Inezil Penna. *O Direito Natural na Idade Média e no Direito Canônico*. Brasília: Instituto de Direito Natural, 1979.

MARQUES NETO, A. R. *A Ciência do Direito: Conceito, Objeto, Método*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MATOS, Andytyas Soares de Moura Costa. O Pórtico e o Fórum: Diálogos e Confluências entre o Estoicismo e o Direito Romano Clássico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: Editora UFMG, n. 98, pp. 295-336, jul./ dez. 2008.



\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito e Justiça na Obra de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1989.

MONCADA, Luís Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

MORESO, José J. In Defense of Inclusive Legal Positivism. *The Legal Ought*. Turim: Giappichelli, 2001.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e Restrições de Direitos Fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

OTT, Walter. *Der Rechtspositivismus*. 2. Auf. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.

PASCAL, Georges. *O Pensamento de Kant*. Petrópolis: Vozes, 1999.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Auf. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.

\_\_\_\_\_. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. *Practical Reason and Norms*. London: Hutchinson, 1975.

\_\_\_\_\_. *La Autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y Moral*. Traducción de Tamayo y Salmorán, Rolando. 2ª ed. México: UNAM, 1985.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODÉNAS, Ángeles. Qué Queda del Positivism Jurídico? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26, pp. 417-448, 2003. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/34698404321292752632457/015793.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

ROSS, Alf Niels Christian. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a Superação da Perspectiva Positivista do Direito*. p. 97. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia\\_final-2.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

SCHIAVELLO, Aldo. *Il Positivismo Giuridico Dopo Herbert L. A. Hart*. Un'introduzione Critica. Torino: Giappichelli, 2004.

SCHUMAN, Samuel I. *Legal Positivism: Its Scopes and Limitations*. Detroit: Wayne State University Press, 1963.

SEGURA ORTEGA, Manuel. El iusnaturalismo racionalista: Thomasius y Wolf. In: FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; PECES-BARBA, Gregorio (org.). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo II: Siglo XVIII, Vol. I: El Contexto Social y Cultural de los Derechos. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 2001, p. 228.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. vol. I.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SILVEIRA, Sheila Stoltz. El Positivismo Jurídico Exclusivo: Una Introducción a la Teoría de Joseph Raz. *Revista Jurídica - CCJ/FURB*, v. 12, n. 23, p. 25-43, jan./jun. 2008.

SÓFOCLES. *Antígona* 510 a 515. In: *Sófocles: A Trilogia Tebana*. Tradução de Mário da Gama Kury. 9ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 219.

SOUZA, André Peixoto de. Para Ler Hegel: Aspectos Introdutórios à Fenomenologia do Espírito e à Teoria do Reconhecimento. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Seleta%20Externa/anima4-Andre-Peixoto.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2013.

SOUZA, Elton Luiz Leite de. *Filosofia do Direito, Ética e Justiça*: Filosofia Contemporânea. Porto Alegre: Núrias Fabris, 2007.

STRUCHINER, Noel. Algumas "Proposições Fulcrais" acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: CITTADINO, G. (org.); MAIA, A. C. (org.); MELO, C. C. (org.); POGREBINSCHI, T. (org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TAVARES, Rodrigo de Souza. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Inclusivo - Uma Análise sobre a Reformulação da Teoria do Positivismo Jurídico Hartiano*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9897/neoconstitucionalismo-e-positivismo-inclusivo>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

THOMASIIUS, Christian. *Fundamentos de Derecho Natural y de Gentes*. Tradução espanhola de Salvador Rus Rufino e M. Asunción Sanches Manzano. Madrid: Tecnos, 1994, p. 15. [Título original: *Fundamenta iuris naturae et gentium*].

TORRENS, Haradja Leite. Neo-positivismo e Pós-positivismo Jurídico nas Doutrinas de Herbert Hart e Ronald Dworkin. In: \_\_\_\_\_. *A Expansão do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TROPER, Michel. "Positivismo". In: ARNAUD, André-Jean (org.). *Dicionário Enciclopédico Deteoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 607-610.

VILLEY, Michel. *La Formation de La Pensée Juridique Moderne*. Paris: P.U.F., 2003.

WOLKMER, Antonio C. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZANNONI, Eduardo A. *Crisis de la Razón Jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1980.